

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
DOCTORADO ACADÉMICO EN DERECHO
FACULTAD DE DERECHO
SISTEMA DE ESTUDIOS DE POSGRADO

TOMO V

TEMAS DE DERECHO PRIVADO COMPARADO
(Derecho Uniforme, regionalización y enseñanza en Centroamérica)

Editor

Enrique N. Ulate Chacón

Octubre, 2021

PRESENTACIÓN

Esta quinta obra colectiva (Tomo V), consolida una década de relación y estrecha cooperación entre el Instituto de Investigaciones Jurídicas y el programa del Doctorado en Derecho, que nació hace ya una década (2011), con el impulso de la Facultad de Derecho y el Sistema de Estudios de Posgrado. El volumen, correspondiente también a la quinta promoción del doctorado, tiene su origen en el Proyecto de Investigación No. 722-B8-A13, denominado “*Temas de Derecho Privado Comparado (Derecho Uniforme, regionalización y enseñanza en Centroamérica)*”, aprobado por la Vicerrectoría de Investigación de la Universidad de Costa Rica.

En el proceso de preparación académica, los doctorandos son inducidos a conocer las bases del derecho comparado, sus etapas, la aplicación de los formantes (doctrina, legislación, jurisprudencia, instituciones), para aplicarlos a temas que tienen un interés individual, pero con propósitos orientadores comunes, en aras de lograr en la medida de lo posible, cierta uniformidad en las líneas específicas de investigación. De ahí que se busca la correspondencia de los objetivos generales del Proyecto de investigación con las tres partes de la obra, siendo que cada investigador se incline por un tema de su agrado e interés, algunos de los cuales, por su novedad y originalidad, se han convertido en potenciales temas para encausar las nuevas tesis doctorales.

Por las razones anteriormente indicadas, la obra se ha organizado en tres partes. La primera denominada **Derecho Registral Patrimonial, notarial y derechos reales**. Contiene los aportes de Luis Carlos Acuña Jara sobre “La propiedad privada y extinción de dominio. Aproximación comparada en Centroamérica y Colombia”, la investigadora asociada doctora Guadalupe Ortiz Mora “La propiedad patrimonial y sistema de seguridad jurídica preventiva en Centroamérica”, tema que está estrechamente relacionado con las “Nociones sobre el origen y autonomía del Derecho Registral en las experiencias Costarricense y Guatemalteca, del investigador principal, Enrique Ulate. Se abordan otros temas más concretos orientados a institutos particulares del derecho privado y notarial tales como “La escritura de donación en los Sistemas notariales de la Región Centroamericana. Aproximación a una comparación” de María Elena Carvajal Duarte y los “Procesos sucesorios en sede notarial en comparación con Guatemala, El Salvador, Nicaragua y Panamá” de Jacqueline Soto Rivel.

En la segunda parte se aborda la temática de **Propiedad intelectual, signos distintivos, protección al consumidor y comercio**. Arranca con un interesante artículo explicativo de los “Límites Jurídicos a la publicidad en Centroamérica” de Guiselle Boza Solano. Se explica un tema cada vez más importante a nivel regional “Propiedad intelectual: Registro de marcas a nivel Centroamericano” por Juliana Cristina Jiménez Alpízar. Los signos de calidad agroalimentaria son abordados por el investigador principal, Enrique Ulate Chacón sobre “Denominaciones de origen y otros signos

distintivos de calidad políticas para el desarrollo rural: Reflexiones de la experiencias regional Europea y Centroamericana.”, y la investigadora asociada, Dra. Guadalupe Ortiz Mora en materia de “Propiedad intelectual, signos distintivos y mercados agrícolas de calidad.” El investigador José Andrés Meza Villalobos enfocó su interés en la “Protección de los consumidores y usuarios frente a la responsabilidad por productos defectuosos en Centroamérica”, y finalmente, Yenory Morales Conejo desarrolla en detalle el “Sistema de pagos en la región Centroamericana”, un tema muy actual y novedoso.

La tercera y última parte sobre **Derecho de familia y personas**, también aborda la investigación de temas de complejidad y actualidad regional, a saber “El matrimonio por conveniencia de personas extranjeras en Centroamérica: un estudio de derecho comparado” realizado por Laura Chinchilla Rojas; la “Migración y cambio climático: derechos de las personas migrantes en Centroamérica” elaborado por Maricel Gómez Murillo; “La Armonización de la adopción de personas menores de edad y derechos a formar una familia en Centroamérica” sustentado por Brisa Campbell Argüello y, finalmente “Ejecución y efectos de las sentencias en procesos alimentarios: análisis y comparación entre Costa Rica y algunos países de Centroamérica” de Arleny Fernández Zúñiga.

Se aspira a que la presente obra colectiva provoque interés de los lectores, estudiantes y futuros investigadores del derecho comparado en Centroamérica, donde es necesario ir acercando los propios ordenamientos, en las diversas áreas del derecho privado, para buscar soluciones comunes a problemas comunes, que son cada vez más recurrentes dentro del proceso de la integración económica, social y ambiental de la región Centroamericana.

Dr. Gustavo Chan Mora

Director

Instituto de Investigaciones Jurídicas

Dr. Enrique N. Ulate Chacón

Coordinador

Doctorado en Derecho

INDICE GENERAL

PRIMERA PARTE

Derecho registral patrimonial, notarial y derechos reales

La propiedad privada y extinción de dominio. Aproximación comparada en Centroamérica y Colombia. Luis Carlos Acuña Jara.

La propiedad patrimonial y sistema de seguridad jurídica preventiva en Centroamérica. Guadalupe Ortiz Mora.

Nociones sobre el origen y autonomía del Derecho Registral, publicidad registral y buena fe, en las experiencias Costarricense y Guatemalteca. Enrique Ulate Chacón.

La escritura de donación en los Sistemas notariales de la Región Centroamericana. Aproximación a una comparación. María Elena Carvajal Duarte.

Procesos sucesorios en sede notarial en comparación con Guatemala, El Salvador, Nicaragua y Panamá. Jacqueline Soto Rivel.

SEGUNDA PARTE

Propiedad intelectual, signos distintivos, protección al consumidor y comercio

Límites Jurídicos a la publicidad en Centroamérica. Guiselle Boza Solano.

Propiedad intelectual: Registro de marcas a nivel Centroamericano. Juliana Cristina Jiménez Alpízar.

Propiedad intelectual, signos distintivos y mercados agrícolas de calidad. Guadalupe Ortiz Mora.

Denominaciones de origen y otros signos distintivos de calidad, políticas para el desarrollo rural: Reflexiones de la experiencias regional Europea y Centroamericana. Enrique Ulate Chacón.

Protección de los consumidores y usuarios frente a la responsabilidad por productos defectuosos en Centroamérica. José Andrés Meza Villalobos.

Sistema de pagos en la región Centroamericana. Yenory Morales Conejo.

TERCERA PARTE

Derecho de familia y personas.

El matrimonio por conveniencia de personas extranjeras en Centroamérica: un estudio de derecho comparado. Laura Chinchilla Rojas.

Migración y cambio climático: derechos de las personas migrantes en Centroamérica. Maricel Gómez Murillo.

La Armonización de la adopción de personas menores de edad y derechos a formar una familia en Centroamérica. Brisa Campbell Argüello.

Ejecución y efectos de las sentencias en procesos alimentarios: análisis y comparación entre Costa Rica y algunos países de Centroamérica. Arleny Fernández Zúñiga.

PRIMERA PARTE

Derecho registral patrimonial, notarial y derechos reales

LA PROPIEDAD PRIVADA Y LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO SOBRE BIENES Y DERECHOS: APROXIMACIÓN COMPARADA EN CENTROAMÉRICA Y COLOMBIA

M. Sc. Luis C. Acuña Jara ¹

SUMARIO. **I.** Introducción. **II.** Origen de la Extinción de Dominio. **III.** Concepto y Características. **IV.** Causas Generales de extinción del dominio y patología negocial en la adquisición de. **V.** Causales de Extinción de dominio en Centroamérica y Colombia A. Consideraciones generales. B.- Sobre las diversas clasificaciones C.- La normativa salvadoreña. D.- El caso de Guatemala. E.- La situación Hondureña F.- La norma Colombiana G.- La situación en Costa Rica. **VI.** Actividad Ilícita. A.- Nociones sobre el concepto de actividad ilícita. B.- El Salvador. C.- Guatemala. D.- Honduras. E.- Costa Rica. F.- Colombia. G.- Recapitulando. **VII.** Naturaleza Jurídica de la Acción de Extinción de Dominio. **VIII.** El papel de la buena fe y terceros adquirentes. **IX.** Algunas críticas a la Extinción de Dominio por afectación al derecho de Propiedad Privada. **X.** Conclusión. **XI.** Bibliografía.

RESUMEN: El crimen global se esparce gracias a su poder económico, la lucha en su contra ha creado distintas respuestas por parte de organismos internacionales a través de acciones legales dentro del derecho interno de cada Estado; esto con el objetivo de reducir sus activos. Una de las características esenciales de esas respuestas es la creación de un proceso judicial autónomo de la persecución penal, así lo han promulgado algunos países de la región centroamericana y Colombia. Como resultado, la Ley Modelo de Extinción de Dominio es una propuesta diseñada, especialmente, para América Latina; busca combatir la actividad ilícita por medio del desapoderamiento de aquellos bienes que se encuentren en algunas de las causales previstas en la legislación interna. El fundamento de la Ley Modelo y de las legislaciones aprobadas o en curso, es la protección de la función social de la propiedad, evitando su transgresión."

Abreviaturas

LMED	Ley Modelo sobre Extinción de Dominio
ED	Extinción de Dominio
CC	Código Civil de Costa Rica
GAFI	Grupo de Acción Financiera
GAFILAT	Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica
n.:	Nota de pie de página.
LAPLAC	Programa de Asistencia Legal en América Latina y el Caribe
UNODC	United Nations Office on Drugs and Crime

¹ * Doctorando en Derecho de la Universidad de Costa Rica.

I. Introducción.

La Acción denominada “Extinción de Dominio” fue concebida como necesaria e indispensable para cualquier Estado latinoamericano que procure ser calificado positivamente en la lucha contra el narcotráfico, el lavado de activos, terrorismo y la delincuencia organizada, entre otros. Esta afirmación se fundamenta en las recomendaciones formuladas por el organismo internacional denominado Grupo de Acción Financiera [GAFI]² y que, en el caso latinoamericano, se denomina “GAFILAT”³, del cual Centroamérica y Colombia forman parte, como tal, sus recomendaciones son prácticamente de acatamiento obligatorio.

En el caso de Costa Rica, su implementación en el derecho interno ha sufrido un importante retraso con respecto a los demás países en estudio, a pesar de que nuestro país será evaluado en el año 2020 para determinar el avance de las recomendaciones de la GAFILAT en general.⁴

La “Ley Modelo sobre Extinción de Dominio” fue uno de los antecedentes de la ED, se trató de una iniciativa del Programa de Asistencia Legal en América Latina y el Caribe [LAPLAC] de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito [UNODC], y se esperaba fuese una herramienta práctica que facilitara, en cada ordenamiento interno, la lucha contra la droga, el crimen organizado, la corrupción y el terrorismo. Esta iniciativa de “privación de bienes” en ciertos ilícitos se fundamenta en una famosa cita de Maquiavelo que asevera: “Los hombres olvidan antes la muerte de su padre que la pérdida del patrimonio”.⁵

² La creación del [GAFI] se remonta al año de 1989, en la Cumbre del G-7 en París, como una respuesta de los siete países más industrializados (G-7) ante la preocupación por el lavado de dinero. Según el Instituto Costarricense sobre Drogas: “El mandato de esta organización es fijar estándares y promover la implementación efectiva de medidas legales, regulatorias y operativas para combatir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación y otras amenazas a la integridad del sistema financiero internacional”. Instituto Costarricense sobre Drogas, “¿Qué es la GAFI?”, *Instituto Costarricense sobre Drogas*, consultado el 07 de abril de 2020, <http://www.icd.go.cr/portalicd/index.php/inter-uif/gafi>

³ “El Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica [GAFILAT] es una organización intergubernamental regional, derivada del GAFI, que agrupa a 17 países de América del Sur, Centroamérica, América de Norte y el Caribe; para prevenir y combatir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y de la proliferación de armas de destrucción masiva”. Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica, consultado el 07 de abril de 2020, <https://www.gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual>

⁴ Según la presidencia de la República de Costa Rica, esta nación “fue evaluada en el año 2015. Como resultado de ese proceso, el país se ubicó por debajo del umbral de cumplimiento, corriendo el riesgo de ser incluido como un país no cooperante en la llamada “Lista Gris del GAFI”, no obstante, gracias al compromiso desde el más alto nivel político y la atención de un plan de acción interno que fue atendido por los equipos técnicos del país y la Comisión Técnica Interinstitucional “CTI”, se ha ido avanzando en cumplir adecuadamente este Estándar Internacional, después de haber afrontado 3 reuniones cara a cara con el equipo de evaluadores del GAFI, que estuvo conformado por delegados de países como España, México, Brasil, Francia y Estados Unidos, entre otros.” Gobierno del Bicentenario, “País se prepara para próxima evaluación del GAFI en el 2020”, *Gobierno del Bicentenario*, consultado el 07 de abril de 2020, <https://www.presidencia.go.cr/comunicados/2019/03/pais-se-prepara-para-proxima-evaluacion-del-gafi-en-el-2020/>

⁵ Nicolás Maquiavelo, *El Príncipe* (elaleph.com, 1999), 85, <https://mega.nz/#!PYcTABxa!rnXqmWAGWMw6SCYIKUGLESRFuxB51AxXJofH6g34nWY>

De la propia denominación de la “ley modelo”, se coligue que esta tiene por objeto el derecho de propiedad y su objetivo esencial: la pérdida.⁶ Así las cosas, de entrada, se suscita un conflicto sobre uno de los derechos que tradicionalmente fue y es emblema del liberalismo en general, como un supuesto derecho inalterable y absoluto, plasmado en el principio del derecho a la propiedad privada. Tanto las legislaciones constitucionales de los países centroamericanos, como la legislación colombiana, garantizan el derecho a la propiedad privada, con menores o mayores límites; sin embargo, desde hace décadas, en estos países no se concibe al derecho de propiedad como un derecho absoluto e irrestricto. En el caso particular de Costa Rica, existe una larga tradición constitucional donde se ha admitido la constitucionalidad de límites y limitaciones al derecho de propiedad.⁷

Si bien Colombia fue precursor de una ley de Extinción de Dominio, en el año 2014 debieron reformar su ley elaborando importantes cambios para conceder a la extinción de dominio la autonomía que requiere para su ejercicio práctico. Según los juristas colombianos, la ley 1708 de 2014 tiene la pretensión de ser un auténtico “Código” en el que se consagran, positiva y sistemáticamente, todos los principios y reglas que gobiernan el ejercicio de esta acción. Se añade que, para acabar con el sesgo de dependencia dentro del proceso penal, la reforma estableció la creación de una jurisdicción propia, con fiscales y jueces especializados en extinción de dominio, que ejercen esa acción siguiendo los lineamientos del Código con total autonomía frente a las otras ramas del derecho.⁸ Esta robustez del sistema colombiano nos permitiría compararlo con las regulaciones existentes en la región centroamericana.

De los pocos estudios académicos, resalto la circunstancia de que la mayoría abordan su análisis desde el Derecho Penal, cuando en realidad se trata de una acción que involucra otras ramas del derecho y que, desde el punto de vista procesal, se denomina de naturaleza “real”, “autónoma”, e “independiente”, provocando discusión acerca de su naturaleza jurídica.

Bajo la anterior perspectiva, el Derecho Comparado es una herramienta útil para, no solo, encontrar diferencias y similitudes, sino, también, para entender nuestro propio sistema de Extinción de Dominio doméstico.

⁶ Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC), *Ley Modelo sobre Extinción de Dominio* (Estados Unidos, Abril, 2011), consultado el 07 de abril de 2020, https://www.unodc.org/documents/legaltools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf

⁷ Sobre el particular puede verse el voto 5097-93, sobre una especie de “extinción de dominio” prevista en la Ley número 8754 del veintidós de julio del dos mil nueve, denominada “Ley contra la Delincuencia Organizada”, la Sala Constitucional de Costa Rica consideró lo siguiente: “...En virtud de lo expuesto, ha señalado esta Corporación que la decisión judicial que declara la extinción de dominio con el respeto por las formas y principios del debido proceso constitucional y legal, y que es adoptada a partir de un análisis razonable del material probatorio, no desconoce el derecho de propiedad, sino que declara que este nunca llegó a constituirse; contrario sensu, si la acción de extinción de dominio se lleva a cabo sin respeto por el debido proceso y sin una base fáctico-probatoria adecuada se produce una trasgresión del derecho constitucional de propiedad...”. Sala Constitucional de Costa Rica, *Resolución no. 5097-93* (Costa Rica, 10 horas, 24 minutos del 15 de octubre, 1993).

⁸ Wilson A. Martínez Sánchez et al., *La Extinción del Derecho de Dominio en Colombia* (Bogotá, Colombia: Oficina de Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, 2015), 26, consultado el 6 de septiembre de 2020, https://www.unodc.org/documents/colombia/2017/Marzo/La_extincion_del_derecho_de_dominio_en_Colombia.pdf,

El abordaje de la investigación será desde el método macro comparativo, teniendo por objeto la “Extinción de Dominio”. Si bien parte de una ley modelo, pareciera que, a nivel de Centroamérica y Colombia, existen distintos presupuestos, métodos y abordajes disímiles; no obstante, con una misma realidad: la existencia de narcotráfico, lavado de activos, corrupción y otros delitos que tienen un enorme impacto socioeconómico.

Desde la óptica jurídica nos hacemos la siguiente pregunta: ¿Son razonables los temores y peligros que, en apariencia, representa la acción de Extinción del Dominio frente al derecho de propiedad?

Para dar respuesta a ese problema, se plantea como objetivo general: dilucidar si la acción de Extinción de Dominio es la mejor solución jurídica para la privación de bienes provenientes de actividades ilícitas, sin que afecte al derecho de propiedad.

Como objetivos específicos se pretende: a.- Definir las principales características de la Extinción de Dominio a partir de la Ley Modelo de Extinción de Dominio. b.- Establecer las principales diferencias y semejanzas entre las distintas regulaciones legales en materia de Extinción de Dominio, adoptadas por los Estados centroamericanos y Colombia. d.- Investigar sobre la naturaleza jurídica de la Extinción del Dominio. d.- Describir las posibles afectaciones positivas o negativas de la Acción de Extinción de Dominio con respecto al derecho de propiedad.

Por tanto, como hipótesis de investigación sostenemos la siguiente: *La Acción de Extinción de Dominio, lejos de representar una afectación al derecho de propiedad, reafirma la importancia de la licitud de la causa en la adquisición por título traslativo de los derechos reales. Con ello, se busca deslindar los posibles efectos de esta “acción” de naturaleza real de otros distintos, para evitar confundir el instituto con aquellas de naturaleza penal.*

En América Latina, el avance en la incorporación de la acción de extinción ha ido en aumento. Cada vez son más países los que la reconocen como instrumento de política criminal en la lucha contra el patrimonio obtenido ilícitamente. A nivel centroamericano se han aprobado leyes en El Salvador, Honduras y Guatemala.

En el caso de Costa Rica, existe un proyecto de ley en trámite⁹, pero es necesario aclarar que se establecieron reglas similares o, por lo menos, de la misma familia que la Extinción de Dominio, con la promulgación de la Ley contra la Delincuencia Organizada, número 8754 del año 2009, en sus artículos 20, 21 y 22¹⁰.

II. Origen de la Acción de Extinción de Dominio

⁹ En Costa Rica, desde el año 2015 se discute el expediente número 19571, que es Ley Especial de Extinción de Dominio. Dicho cuerpo normativo tiene dictamen afirmativo de mayoría por la Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico; además, cuenta con un primer informe de mociones vía artículo 137, con fecha 23 de abril de 2019. Xinia María Jiménez González (Jefa Área de Gestión Propuestas Ciudadanas, Asamblea Legislativa), correo electrónico al autor, 14 de octubre, 2019.

¹⁰ **ARTÍCULO 20.- Causa del patrimonio.** *La Contraloría General de la República, el Ministerio de Hacienda, el ICD o el Ministerio Público podrán denunciar, ante el Juzgado Civil de Hacienda de Asuntos Sumarios, acerca del incremento de capital sin causa lícita aparente, con una retrospectiva hasta de diez años, de cualquier funcionario público o persona de derecho privado, física o jurídica (...).* **ARTÍCULO 22.- Sanciones.** *La persona, física o jurídica, que no pueda justificar su patrimonio o los incrementos emergentes, será condenada a la pérdida del patrimonio emergente, las multas y las costas de la investigación. Para los efectos de la fijación impositiva, resulta irrelevante la causa ilícita del patrimonio o del incremento emergente (...).* Ley no. 8754: Ley contra la Delincuencia Organizada, 20, 22.

En general, el diseño de políticas globales sobre la recuperación de bienes de la criminalidad se ha desarrollado desde distintas perspectivas y épocas. En los últimos treinta años, - la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y otras organizaciones internacionales, desarrollaron un papel activo en la elaboración de proyectos y estrategias cimentados en algunos pilares para combatir la criminalidad. Adquiere especial relevancia la necesidad de fortalecer los mecanismos enfocados a suprimir las ganancias provenientes del crimen.

En este sentido, la ONU- incorpora la siguiente normativa internacional: la Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena, 1988)¹¹, la Convención contra la delincuencia organizada transnacional (Palermo, 2000)¹² y la Convención contra la corrupción (Mérida, 2003), todos ratificados por los países objeto de esta investigación.

En el ámbito centroamericano debe destacarse el “Convenio Centroamericano para la Prevención y la represión de los delitos de lavado de dinero y de activos, relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos” suscrito por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, en el año de 1997, que contiene algunas disposiciones relacionadas con el embargo preventivo y el decomiso de bienes, rigiéndose bajo fundamentos penales y que, además, requieren de una sentencia condenatoria de culpabilidad.¹³

A partir de la convención contra la corrupción antes citada, se extendió el concepto de *recuperación de activos*, pues este instrumento estableció directrices importantes en relación con embargo preventivo, incautación y decomiso de bienes, además de la recuperación de activos, este último se desarrolla con detalle en el capítulo X.¹⁴

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito [UNODC] es un órgano técnico que pone en marcha varias de las políticas programadas, en los distintos convenios que elabora la Organización de las Naciones Unidas. En el caso de los bienes de origen ilícito, la tarea de UNODC fue elaborar una herramienta jurídica que facilitara la lucha contra la droga, el crimen organizado, la corrupción y el terrorismo.

¹¹ Asamblea Legislativa, *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas*, no. 7198 (San José, Costa Rica, 25 de setiembre, 1990).

¹² Asamblea Legislativa, *Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional: No. 8302* (01 de julio, 2003), consultado el 07 de abril de 2020, <https://www.unodc.org/pdf/cld/TOCebook-s.pdf>

¹³ Sistema de Integración Centroamericana, *Convenio Centroamericano para la Prevención y Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos* (12 de julio, 1997), consultado el 07 de abril de 2020, https://www.sica.int/documentos/convenio-centroamericano-para-la-prevencion-y-represion-de-los-delitos-de-lavado-de-dinero-y-de-activos-relacionados-con-el-trafico-ilicito-de-drogas-y-delitos-conexos_1_82778.html

¹⁴ “Artículo 3. Embargo preventivo, incautación y decomiso. 1. Cada Estado Parte adoptará, en el mayor grado en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: a) Del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto... Capítulo V: Recuperación de activos. Artículo 51. Disposición general. La restitución de activos con arreglo al presente capítulo es un principio fundamental de la presente Convención y los Estados Parte se prestarán la más amplia cooperación y asistencia entre sí a este respecto.” Asamblea Legislativa, *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, no. 8557 (9 de enero, 2007, no. 8557).

De esta forma, se elaboró una *Ley Modelo sobre Extinción de Dominio* (2011), mediante el Programa de Asistencia Legal en América Latina y el Caribe [LAPLAC], perteneciente a la UNODC.¹⁵

Esta ley modelo, según el preámbulo, sería de utilidad para países que proyectaban incorporarla en su legislación interna, dirigida a combatir uno de los pilares de la lucha contra los bienes de origen o destinación ilícita. Como tal, es un instrumento de política criminal que busca complementar el conjunto de medidas institucionales y legales, adoptadas por el ordenamiento interno específico de cada país.¹⁶

Se enfoca en la persecución de toda clase de activos que integran la riqueza derivada de la actividad criminal. El punto de partida es el derecho a la propiedad, del cual se supone que nadie debe ser privado arbitrariamente. Contrario a lo que se podría esperar, la ED reafirma la aplicación y reconocimiento del este derecho, en el entendido de que los bienes adquiridos con capital ilícito no ganan legitimidad ni pueden gozar de protección legal alguna.¹⁷

Inclusive, en su génesis, se puntualizó que tenía un componente u orientación “regional”, por cuanto fue diseñada siguiendo la “tradicción” de ciertos países latinoamericanos. Ese “regionalismo” se refleja en el nombre adoptado “extinción de dominio” que, según afirman, proviene de la legislación agraria.¹⁸ La propia ley modelo

¹⁵ La Ley Modelo fue redactada por un grupo informal de expertos con integrantes de varios países y organismos. El grupo – escogido por el conocimiento técnico y experiencia personal – se reunió en tres ocasiones entre agosto de 2010 y enero de 2011 en Colombia con el apoyo técnico de la OEA/CICAD y financiero de los gobiernos de Canadá, Estados Unidos de América y Reino Unido. Se localiza en: Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, *Ley Modelo sobre Extinción de Dominio* (Estados Unidos, Abril 2011), 3, https://www.unodc.org/documents/legaltools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf

¹⁶ *Ibíd.*, 4.

¹⁷ *Ibíd.*, 2.

¹⁸ Sobre el origen del término y su aparente “regionalismo”, en principio está referido a la legislación colombiana. Según Santander, el término existía en la legislación colombiana número 200 del año de 1936, “Extinción de Dominio sobre tierras incultas”, término que aún se emplea en materia agraria en la Ley 160 de 1994. Sin embargo, podemos encontrar disposiciones similares en Costa Rica; existió una especie de extinción de dominio con la ley del Instituto de Tierras y Colonización (ITCO) número 2825 del 14 de octubre de 1961, artículo 30 inciso 20 que disponía: “...b) Si la tierra correspondiente al exceso estuviere inculta, el Instituto dictará resolución ordenando se inscriba a nombre del Instituto de Tierras y Colonización y lo comunicará a la Procuraduría General de la República para que ésta, en un término de quince días, proceda a cumplir con lo resuelto mediante protocolización e inscripción...” Aunque esa disposición fue declarada inconstitucional y el capítulo donde se encontraba fue derogado tácitamente por la Ley del Instituto de Desarrollo Agrario número 6735, actualmente el artículo 78 actual de la Ley de la Jurisdicción Agraria mantiene una disposición casi idéntica: b) *Si el exceso del terreno localizado se encontrara sin cultivar o no fuera objeto de explotación ganadera, una vez notificada y firme la resolución del instituto, que declare la existencia de las demasías, y una vez localizada el área correspondiente por el propietario, se procederá a levantar e inscribir el plano en la Oficina de Catastro, y a solicitar al Registro Público, por mandamiento, la inscripción respectiva a nombre del instituto... La inscripción a favor del Instituto, de las demasías a que se refiere el presente artículo, se mantendrá hasta tanto no se decida en sentencia definitiva, basada en autoridad de cosa juzgada -en caso de contención- sobre tal inscripción.* También en la Ley del Instituto de Desarrollo Agrario, número 6735, en su artículo 68 se dispone de una forma de extinción, veamos: “...Con excepción del caso b) y antes de la revocatoria o **extinción** del derecho, debe proceder una amonestación que no haya sido atendida por el adjudicatario...”. En la Ley de Transformación del Instituto de Desarrollo Agrario (Ida)...Nº. 9036 de 11 de mayo, 2012, en su artículo 40 se indica: “Fondo De Tierras. El Fondo de Tierras será una dependencia técnica del Inder, especializada en la regulación, adquisición, titulación, dotación y control de las tierras adquiridas por el Inder, el uso y la **extinción** de los derechos sobre la tierra.”

explica que se adoptó dicho nombre por tratarse de la denominación “más común en la región” y no, por ejemplo, “*decomiso sin condena*”, término utilizado, en otros escenarios internacionales.¹⁹ No obstante lo anterior, en Colombia y Costa Rica, el término existe hace muchos años, en varias leyes de naturaleza agraria (véase n.17).

También se menciona que recoge “buenas prácticas a nivel internacional, con un enfoque diferente y propio en lo que a técnica legislativa se refiere, y retoma las experiencias domésticas para llegar al mejor modelo posible”.²⁰

La ley modelo dedica numerosos artículos a aspectos procesales y, en este sentido, sus autores lo consideran uno de los ejes principales para que funcione como una hoja de ruta para las autoridades legislativas y judiciales de cada uno de los países donde se aplique. La razón es que el concepto de extinción de dominio, como una “*consecuencia patrimonial*”, es *sui generis*, además de que el procedimiento es “*autónomo*” e “*independiente*” de cualquier otro juicio o proceso.²¹ En síntesis, el organismo internacional consideró necesario un procedimiento especial para aplicar en forma eficiente el mecanismo de extinción de dominio.

III. Concepto y características

En su génesis, la acción de ED pretendía combatir algunas delincuencias desde el punto de vista económico, para debilitarlas y evitar su reproducción. Con ello se perseguían dos objetivos muy claros: el primero y más inmediato, limitar e incapacitar económicamente a la persona o grupo criminal, dificultando con ello el desarrollo de sus actividades criminales; el segundo y más amplio, impedir que las organizaciones criminales se infiltren en la economía lícita del país.

El artículo dos de La Ley Modelo de Extinción de Dominio la define como: “Artículo 2. Concepto. La extinción de dominio es una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado, de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia de autoridad judicial, sin contraprestación, ni compensación de naturaleza alguna. La extinción de dominio es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real en cuanto se dirige contra bienes, y se declara a través de un procedimiento autónomo, e independiente de cualquier otro juicio o proceso.”²²

Se contempla como una consecuencia jurídica de carácter patrimonial derivada de una “*actividad ilícita*”, Según la doctrina especializada, la herramienta se desarrolla a

¹⁹ Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC), *Ley Modelo sobre Extinción de Dominio* (Estados Unidos, Abril, 2011), 2, consultado el 07 de abril de 2020, https://www.unodc.org/documents/legaltools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf

²⁰ *Ibíd.*, 3.

²¹ *Ibíd.*, 3.

²² Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC), *Ley Modelo sobre Extinción de Dominio* (Estados Unidos, Abril, 2011), 2, consultado el 07 de abril de 2020, https://www.unodc.org/documents/legaltools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf En sentido similar la Ley Especial de Dominio de El Salvador dispone: “Art. 8.-La acción de extinción de dominio es una consecuencia patrimonial de las actividades ilícitas, consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado por sentencia de autoridad judicial sobre los bienes a que se refiere la presente Ley, sin contraprestación, ni compensación alguna para su titular o cualquier persona que ostente o se comporte como tal”. Asamblea Legislativa de la República del Salvador, *Decreto número: Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita de la República del Salvador* (2013), 8, <http://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBodega/D/2/2010-2019/2013/11/A3965.PDF>

través de una acción *in rem*, de carácter real o acción real, (acción contra la “cosa” no contra una persona); puede ser promovida antes, después o durante el proceso penal, o aún ante la inexistencia de este; por lo que no ocuparía de una sentencia de responsabilidad penal previa.²³

La Ley Modelo previó una acción autónoma e independiente de cualquier otro tipo de proceso. En este sentido, no hay que confundir acciones de comiso de bienes ilícitos sin necesidad de depender de una condena previa, o el comiso de bienes de terceros; con la acción de ED. Las acciones de comiso sin condena son, en realidad, procedimientos alternativos que operan como un apéndice del proceso penal, en supuestos donde no es posible obtener una declaratoria de responsabilidad penal. Un procedimiento de esta naturaleza está previsto en Panamá con el denominado “Proceso sumarísimo de decisión anticipada de la situación jurídica de bienes aprehendidos”.²⁴

En teoría, la ED es un procedimiento *in rem*, autónomo del proceso penal, al igual que ocurre con el decomiso o confiscación civil norteamericano.²⁵ Desde la creación de la Ley Modelo, se usó el concepto de “acción” en un sentido procesal, sea en la posibilidad de instaurar, promover o invocar la tutela jurisdiccional, tal y como está consagrado en el artículo 41 de la Constitución Política de Costa Rica²⁶, mediante un procedimiento específico y autónomo de cualquier otro, incluyendo el proceso penal.

De acuerdo con lo estudiado, la ley modelo se *emancipa* del proceso civil y penal tradicional. La acción se desarrolla a través de un procedimiento autónomo. Además, la doctrina y la jurisprudencia la han considerado como una acción al margen de la persecución penal, pero, sin necesidad de prescindir de ella, permitiendo llegar al comiso de los bienes ilícitos.²⁷ Bajo los anteriores parámetros, la acción de ED en Colombia, El Salvador, Guatemala y Honduras al ser inspiradas, en fundamentos de legitimación distintos a los del comiso penal tradicional, por tanto, sus leyes deberían desarrollar la naturaleza *in rem*, que persiguen los objetivos de la Ley Modelo o cualquier otro modelo de legislación internacional creada al efecto.

²³ Theodore Greenberg, *et al.*, *Recuperación de activos robados. Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena* (Bogotá, Colombia: Mayol Ediciones S.A.), 15, consultado el 15 de abril de 2020, https://star.worldbank.org/sites/star/files/NCB_Spanish.pdf

²⁴ Asamblea Nacional República de Panamá, *Ley N.º. 34*, (27 de julio, 2010), 5, consultado el 15 de abril de 2020, https://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/legislations/PDF/PA/ley_34.PDF

²⁵ En los Estados Unidos, es posible iniciar acciones de decomiso civil contra bienes que se sospechen provenientes de cualquier delito precedente del lavado de activos. Estas acciones pueden ser judiciales o administrativas, dependiendo del monto involucrado, del tipo de propiedad y de si alguien responde a la demanda de decomiso. Civil Asset Forfeiture Reform Act of 2000 public Law, (Estados Unidos, no. 106–185, 25 de abril, 2000), consultado el 28 de noviembre, 2019, <https://www.justice.gov/sites/default/files/jmd/legacy/2013/10/01/act-pl106-185.pdf>

²⁶ “Artículo 41.- 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”. Constitución Política de la República de Costa Rica, de 7 de noviembre de 1949 (San José, Costa Rica: Editec Editores, 2004), 41.

²⁷ Isidoro Blanco Cordero *et al.*, *Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial* (Estados Unidos, Washington, D.C: Global Printing, 2018), 487, consultado el 23 de abril de 2020, https://www.oas.org/es/ssm/ddot/publicaciones/LIBRO%20OEA%20LAVADO%20ACTIVOS%202018_4%20DIGITAL.pdf

Este enfoque “real” constituye uno de sus principales rasgos, pues su distanciamiento del proceso penal le permite centrar el cuestionamiento en las cosas o bienes sometidos a dominio (artículos 253, 259 y 264 del Código Civil), y en particular la extinción del derecho de propiedad y la persecución de otros bienes y no en la valoración de la conducta y responsabilidad penal de los titulares de los derechos discutidos. Es decir, la acción de ED de alguna manera, se si bien se aleja un poco del típico proceso penal y se acerca una acción de naturaleza real bien podría caracterizarse como un híbrido. Desde esta óptica, al ser el derecho de propiedad, sobre bienes muebles e inmuebles, y otra clase de derechos patrimoniales, el eje central de la pretensión de extinción, los principios y garantías procesales se distancian de aquellos que rigen la valoración de la conducta en el proceso penal, y de las típicas acciones reales de restitución, exclusión y defensa de la propiedad

Siguiendo a Cárdenas Chinchilla, la acción de Extinción de dominio tiene las siguientes características: a) Es jurisdiccional, no de naturaleza administrativa y, en la mayoría de las legislaciones, se han creado tribunales especializados. b) Es una acción real, como ya se explicó, se acciona contra cualquier tipo de propietario o poseedor del bien. c) No es una sanción penal o administrativa, más bien es una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas. d) Es autónoma de la acción penal o de cualquier otro proceso. e) Es independiente de la acción penal, por cuanto no es una acción personal, no se requiere que el titular haya participado de la actividad ilícita. f) Tiene eficacia declarativa-extintiva, finaliza con una sentencia declarativa y no de condena, se declara que el derecho de propiedad no es merecedor de la protección constitucional por su origen o destinación ilícita. g) Es de aplicación retrospectiva, en el sentido de que se puede regresar a los bienes que obtuvo de manera irregular, antes de la aplicación de ley. h) Es un derecho que no prescribe, no se convalida, en una palabra, es retrospectiva.²⁸ i) Respeta los derechos del adquirente de buena fe, con excepción de culpa cualificada, incluyendo bienes que han ingresado de manera lícita a la economía, pero poseen un origen dudoso o ilícito.²⁹

²⁸ Esta característica es significativa y, en consecuencia, es factible hablar de una intemporalidad o atemporalidad en la declaración de extinción de dominio, derivado de las características de imprescriptibilidad y retrospectividad. Esta característica intemporal es resultado directo de la discusión sobre la validez del acto jurídico en discusión, trasladando al campo de la extinción de dominio una valoración que solo estaba reservada al juez civil: revisar la validez del acto jurídico que en apariencia constituye el derecho. De esta forma, el problema de la licitud de la causa y el objeto de un cierto negocio jurídico dejan de ser un asunto reservado solo a los litigios entre particulares y, por razones de seguridad y orden público, se otorga legitimación al Estado para accionar pidiendo su invalidez, en una palabra, su extinción. Sobre el particular la ley modelo establece: “Artículo 3. Retroactividad. La extinción de dominio se declarará con independencia de que los presupuestos para su procedencia hayan ocurrido con anterioridad a la vigencia de esta Ley. Artículo 4. Imprescriptibilidad. La extinción de dominio es imprescriptible”. Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC), *Ley Modelo sobre Extinción de Dominio* (Estados Unidos, Abril, 2011), 3, consultado el 07 de abril de 2020, https://www.unodc.org/documents/legaltools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf

²⁹ Carlos Eduardo Cárdenas Chinchilla, *Persecución Penal del Patrimonio Ilícito y Criminal: Pérdida de derechos sobre bienes originales o utilizados de actividades ilícitas y delictivas (extinción de dominio)*, (San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2013), 44.

A la caracterización anterior, se agregan las siguientes: su origen ilícito provoca su transmisibilidad a los herederos (no se legitima por causa de muerte)³⁰, posee características de transnacional y extraterritorial basado en normativa de cooperación internacional, como lo establece la LMED a partir de sus artículos 43 y siguientes, y no existe compensación ni contraprestación de ningún tipo a favor de su titular o despojado.³¹

Para su ejercicio está legitimado el Estado (no es una típica acción de naturaleza real, donde generalmente solo intervienen particulares), y los legitimados pasivos pueden ser varios sujetos que detentan alguno de los bienes o derechos objeto de la acción. Las leyes de Guatemala, El Salvador, Honduras, Colombia, y el proyecto de ley costarricense, delegan la legitimación activa a la Fiscalía o el Ministerio Público de cada país, quien sería el representante de los intereses del Estado en cada proceso que se instaure. De esta forma, en todos los países objeto de estudio, el titular de la acción reside en el mismo órgano encargado de la acción penal.

En la LMED no se estableció un órgano específico para el ejercicio de la novedosa acción, sin embargo, no pareciera congruente enfatizar la independencia de la ED con respecto al proceso penal, si la legitimación activa reside en un órgano de naturaleza penal. Ciertamente, a lo interno de las Fiscalías Generales o del Ministerio Público se pueden crear órganos especializados para atender estos procesos, no deja de crear cierta confusión la circunstancia de identificar la ED con el proceso penal ordinario.

IV. Causales de Extinción de dominio en Centroamérica y Colombia

A. Consideraciones generales. - Desde la promulgación de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988,³² se establecieron causales para el decomiso de bienes en general y, posteriormente, la LMED siguió la misma línea.³³ Para esta ley modelo, la normativa promulgada en los países estudiados y aquellas que están en discusión; las distintas causales son los ejes centrales de la acción de ED.

No todas las causales que se han desarrollado en los distintos instrumentos normativos responden al mismo fundamento; sin embargo, es muy importante no perder de vista que el sustrato esencial de la ED son aquellas causales inspiradas en razones relacionadas con el bien u objeto de sujeción dominical, no del titular o tenedor del

³⁰ El artículo 7 de la Ley Modelo señala: “Transmisión por causa de muerte. Los bienes a los que se refiere el artículo anterior no se legitiman por causa de muerte. En consecuencia, la extinción de dominio procede sobre estos.”

³¹ Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC), *Ley Modelo sobre Extinción de Dominio* (Estados Unidos, Abril, 2011), 3, consultado el 07 de abril de 2020, https://www.unodc.org/documents/legaltools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf

³² Asamblea Legislativa, *Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas* (19 de diciembre de 1988), consultado el 20 de agosto de 2020, <https://www.unodc.org/>

³³ Para efectos de esta investigación, entiendo por “causales” aquellos presupuestos normativos donde se describen circunstancias de origen o destinación ilícita, que recaen sobre un bien (no sobre su titular), que conllevan como consecuencia jurídica la pérdida o extinción de los derechos que existen sobre el mismo.

bien; en consecuencia, como tesis de principio, se persiguen los bienes o derechos y no a la persona.

En el caso de la convención citada, de una forma muy sintetizada, podemos resumir dichos presupuestos de la siguiente forma: producto y objeto de los delitos de narcotráfico y conexos, instrumento del delito, bienes destinados a ser utilizados, ocultamiento del origen ilícito, bienes transformados en otros bienes, bienes mezclados con bienes de fuente lícita, ingresos o beneficios derivados de los anteriores, y bienes cuyo valor es equivalente.³⁴ Estos presupuestos hacen referencia a delitos e ilícitos, tratando ambos conceptos como sinónimos.

Encontramos alguna similitud, pero la convención utiliza el concepto de delito, mientras que la LMED implementa el criterio de ilicitud o licitud, veamos: instrumentos u objetos que provengan de actividades ilícitas, también, otras causales relacionadas con las actividades anteriores, como: transformación, mezcla de bienes lícitos con ilícitos, bienes que ocultan bienes ilícitos, bienes originados en incrementos patrimoniales no justificados, así como las ganancias, rentas y otros provenientes de los bienes ilícitos. En la LMED destaca la posibilidad de perseguir bienes de origen lícito cuando resulte imposible recuperar el bien que provenía directamente del ilícito, como sería el caso de un bien en poder de un tercer adquirente, de buena fe.³⁵ Esta última posibilidad está relacionada con el concepto denominado “bienes con valor equivalente”, utilizado también en la convención.

De este breve repaso, se desprende la existencia de distintas causales con naturalezas disímiles. Para entender esa disparidad, es conveniente conocer dos tipos de clasificaciones: de acuerdo con su naturaleza, y según su objeto. En la primera existirían causales sustanciales y procesales; en la segunda sistematización, la distinción se hace entre causales personales y causales reales.³⁶

B.- Sobre las diversas clasificaciones. La primera clasificación persigue distinguir aquellas causales sustentadas en normas objetivas o subjetivas de valoración, con relación al reconocimiento de reglas jurídicas de naturaleza básicamente civil. Habrá casos donde se analizará el origen del bien para determinar su validez, conforme a las disposiciones de las obligaciones civiles en general y, en este sentido, podría tratarse de bienes de origen ilícitos; o se analizará el uso, destino o función de algún bien a fin de conocer si ha tenido fines ilícitos o no (valoración subjetiva). En otros términos, en los bienes de origen ilícito se verifica el acto jurídico que generó el contrato, comprobando si se cumple o no con los requisitos de objeto y causa lícita, para

³⁴ Asamblea Legislativa, *Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas* (19 de diciembre de 1988), consultado el 20 de agosto de 2020, <https://www.unodc.org/>

³⁵ Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC), *Ley Modelo sobre Extinción de Dominio* (Estados Unidos, Abril, 2011), 3, consultado el 07 de abril de 2020, https://www.unodc.org/documents/legaltools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf

³⁶ Abril Santander y Gilmar Giovanni, “Naturaleza Jurídica de la Extinción de Dominio: Fundamentos de las Causales Extintivas” (Tesis para optar por la Maestría en Derecho Penal, Universidad Santo Tomás en convenio con la Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, 2018), 223.

determinar su validez. En el segundo supuesto se analiza su posterior utilización o empleo para fines ilícitos, no su origen.³⁷

En cuanto a las causales procesales estas se sustentan en un presupuesto de orden procesal, ajeno a causas propiamente civiles, relacionadas con la afectación de un bien, sin confrontar su relación con su origen o destinación.

Con respecto a las causales personales y reales, la distinción está relacionada con el objeto de las circunstancias ilícitas, en el sentido de que podrían tener características personales y de afinidad estricta con el titular del bien, en otro caso, podrían estar íntimamente relacionadas con el bien cuestionado.³⁸

Para ilustrar la primera clasificación expuesta, en la convención de las Naciones Unidas se reconocen las siguientes causales de origen: bienes producto, bienes objeto material, bienes transformados, ingresos o beneficios de la actividad ilícita. En relación con la LMED, también sería una causal de origen o sustancial el incremento patrimonial injustificado y los bienes equivalentes, aunque esta última se puede considerar como “sui generis”. En cuanto a la destinación ilícita serían las siguientes: instrumentos de la actividad ilícita, bienes destinados a actividades ilícita, bienes objeto de ocultamiento y bienes mezclados.

En cuanto a la categoría que se denomina “procesal”, ni la convención, como tampoco la LMED establecen una causal de esta naturaleza. Ello por cuanto se estaría alejando de las características originales de la acción de Extinción de Dominio. Sin embargo, la ley guatemalteca tiene una causal que ejemplifica muy bien esta categoría: “Cuando en un proceso penal exista la información suficiente y probable, de que los bienes, frutos, productos..., provengan de actividades ilícitas o delictivas: f.1) Se haya declarado judicialmente el archivo o la desestimación de la causa cuando no se pueda proceder, la rebeldía, la extinción de la persecución.... f.2) No se pueda identificar al sindicado. f.3) El sindicado... en caso de fuga, se haya sustraído a la persecución penal o a la pena.”³⁹

Con relación a las causales personales y reales, de las listas expuestas no se deducen causales de corte personal, salvo las que se denominan “bienes con valor equivalente”, que constituyen una figura *sui generis dentro* de la extinción de dominio, pues su reconocimiento demanda la verificación de presupuestos tanto *in rem*, como *ad personam*. En otras palabras, no basta con que se acredite que los bienes pretendidos tienen un valor equivalente, correspondiente o equiparable a aquellos de origen o destinación ilícita que no se pudieron perseguir (condición *in rem*), sino que, además dichos bienes deben pertenecer al mismo titular (condición *in personam*).

C.- La normativa salvadoreña. En el caso de El Salvador, su ley se denomina “Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen

³⁷ Abril Santander y Gilmar Giovanni, “Naturaleza Jurídica de la Extinción de Dominio: Fundamentos de las Causales Extintivas” (Tesis para optar por la Maestría en Derecho Penal, Universidad Santo Tomás en convenio con la Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, 2018), 226.

³⁸ *Ibid.*, 258.

³⁹ Asamblea Legislativa de Guatemala, *Ley de Extinción de Dominio: Decreto Número 55-2010* (Guatemala, 3 de diciembre, 2010), 4, consultado el 28 de mayo de 2002, https://web.oas.org/mla/en/Countries_Intro/Guate_intro_textfun_esp_8.pdf

o Destinación Ilícita”, decreto número 534, del año 2013, posee semejanzas con las causales de la LMED, con algunos cambios menores en cuanto a la redacción de su normativa, pero resulta significativo la inexistencia de la causal relacionada con los ingresos, rentas, frutos y ganancias derivados de los bienes que estén dentro de las categorías que la ley establece.⁴⁰ Adicionalmente, agrega dos causales relacionadas con la enajenación o permuta de otros bienes derivados de las actividades ilícitas, y su última causal está relacionada con bienes afectados en un proceso penal, cuyo origen no hubiese sido objeto de investigación o no se hubiere tomado sobre ellos una decisión definitiva. Conforme a la clasificación expuesta, posee causales de origen, destinación, bienes equivalentes (*sui generis*), y su última causal sería del tipo procesal.⁴¹

En el caso salvadoreño, es importante destacar que, mediante el voto 146-2014AC, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, a las doce horas y treinta minutos del día veintiocho de mayo de dos mil dieciocho, rechazó un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Extinción de Dominio, pero también declaró inconstitucional una reforma a dicha ley del año 2017. De la declaratoria de inconstitucionalidad se resalta el carácter de imprescriptibilidad de la acción de ED, debido a que, en dicha reforma se pretendía establecer plazos de prescripción; lo cual, para el alto tribunal salvadoreño, no se justifica por el hecho de que la adquisición ilícita de bienes tiene efectos permanentes, o sea, no se convalida con el tiempo, lo cual es coincidente con la LMED.

D.- El caso de Guatemala. La legislación guatemalteca fue promulgada en el año 2010, sea antes de la elaboración de la LMED. En esta legislación, están contempladas, en lo sustancial, algunas de las causales previstas en la normativa modelo, además, se crearon otros presupuestos para aplicar la ED. Resalta una causal relacionada con omisión o falsedad en una declaración jurada, establecida en la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, Decreto Número 67-2001. También, como causal se estableció el abandono de bienes relacionados con actividades ilícitas y la condena penal dictada en el extranjero por delito de narcotráfico y otros delitos relacionados.⁴²

Asociado a lo anterior, destaca la ausencia de causales relacionadas con bienes equivalentes. En mi criterio, ello representa una falencia importante en su legislación, pues dicha causal se adopta tanto en la LMED, proyecto de ley en Costa Rica y también está regulada en la normativa colombiana que se considera de las más avanzadas en Latinoamérica en este tema.

En resumen, en la legislación de Guatemala, encontramos causales de origen, procesales, destinación y agrega dos categorías distintas: la primera, la comisión o falsedad de la declaración jurada, que sería una causal personal o “in personam”,

⁴⁰ Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, *Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita de la República del Salvador: Decreto número 534, 2013* (El Salvador, 7 de noviembre, 2013), 6, consultado el 28 de agosto de 2020, <http://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBodega/D/2/2010-2019/2013/11/A3965.PDF>

⁴¹ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del Salvador, *Acción de Inconstitucionalidad: voto 146-2014AC* (El Salvador, a las 12 y 30 horas del 28 de mayo, 2018), consultado el 28 de agosto de 2020, <http://www.jurisprudencia.gob.sv/PDF/146-2014AC.PDF>

⁴² Asamblea Legislativa de Guatemala, *Ley de Extinción de Dominio: Decreto Número 55-2010* (Guatemala, 3 de diciembre, 2010), 4, consultado el 28 de mayo de 2002, https://web.oas.org/mla/en/Countries_Intro/Guate_intro_textfun_esp_8.pdf

contrapuesto a los fines originales de la ET (no tendría directamente una naturaleza real); la segunda, sentencia extranjera por los delitos de narcotráfico y otros delitos, cuando existan bienes en el territorio nacional.

E.- La situación hondureña. El caso de Honduras, de igual manera tiene la circunstancia de que su ley es anterior a la LMED.⁴³ Promulgada en el año 2010, en su artículo 11 se definen las causales a las que se le aplicará la ED.

De la comparación con la LMED, no existen las causales relacionadas ingresos, rentas, frutos y ganancias derivados de los bienes que estén dentro de las categorías que la ley establece como ilícitas, y tampoco actividades provenientes de transformación - física o jurídica- del producto, instrumentos u objeto material de actividades ilícitas. Sobresale una causal de tipo genérico que permite la extinción en cualquier caso en que la persona interesada no logre justificar el origen lícito del bien, estableciéndose una inversión de la carga de la prueba. Además, se incluye productos o bienes y otros, que no hayan sido declarados al salir o ingresar al país o que, al presentar declaración de bienes, hubiese existido falsedad en la misma; de acuerdo con lo que instaura la Ley contra el Delito de Lavado de Activos cuando se trate de bienes que se encuentren abandonados y no se pueda establecer la identidad de su propietario. De nuevo, esta legislación utiliza una causal de naturaleza personal en cuanto a bienes no declarados e incluye una causal sobre bienes abandonados sin ninguna relación con actividades ilícitas. Adicionalmente, se encuentran causales de origen y de destinación.

F.- La norma Colombiana. Como se indicó supra, la legislación colombiana constituye la legislación más robusta de los países estudiados en materia de ED, tiene rango constitucional, se trata de un código y no una ley y, además, posee una vasta experiencia judicial en su aplicación. También su constitucionalidad ha sido probada y salido indemne. Con la reforma del año 2014, se creó una legislación, que supone una separación definitiva del proceso penal.⁴⁴

De acuerdo con el artículo 16 del Código de Extinción de Dominio de Colombia, son casuales de ED las siguientes: producto directo o indirecto de una actividad ilícita,

⁴³ Resalto la circunstancia que en su ley se utiliza la denominación “privación” en lugar de “extinción”. Asamblea Legislativa de Honduras, *Decreto 27-2010: Ley sobre Privación Definitiva del Dominio de Bienes de Origen Ilícito; 16 de junio del 2010* (Honduras, La Gaceta, No. 32, 239, 16 de junio, 2010), 11, consultado el 28 de mayo de 2020, http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/grupoexpertos/Decomiso%20y%20ED/Ley%20de%20Privacion%20de%20Dominio%20-%20Honduras.pdf

⁴⁴ En varios votos de la Corte Constitucional se han establecido importantes principios y la constitucionalidad de la Ley de Extinción de Dominio no ha sufrido fracturas. El artículo 34 constitucional de Colombia dispone: “ARTICULO 34. Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social”. Constitución Política de Colombia, 4 de julio de 1991, consultada el 10 de abril, 2020, <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Documents/Constitucion-Politica-Colombia.pdf>.

Sobre esta norma y en general sobre la ley de Extinción de Dominio, pueden consultarse los siguientes votos: [C-541-92](#); [C-006-93](#); [C-031-93](#); [C-052-93](#); [C-076-93](#); [C-176-94](#); [C-374-1997](#); [C-677-98](#); [C-110-2000](#); [C-1106-2000](#); [C-046-2001](#); [C-059-2001](#); [C-304-2001](#); [C-581-2001](#); [C-646-2001](#); [C-814-2001](#); [C-006-2002](#); [C-058-2002](#); [C-288-2002](#); [C-578-02](#); [C-740-03](#); [C-1006-03](#); [C-042-04](#); [C-119-06](#); [C-821-06](#); [C-801-09](#); [C-540-11](#); [C-631-14](#); [C-958-14](#); [C-051-18](#); [C-071-18](#). Véase: Corte Constitucional de Colombia, última actualización 27 de mayo 2020, consulta 27 de mayo 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>

objeto material de la actividad ilícita, que provengan de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica del producto, instrumentos u objeto material de actividades ilícitas; que formen parte de un incremento patrimonial no justificado y que provienen de actividades ilícitas; que hayan sido utilizados como medio o instrumento para la ejecución de actividades ilícitas; aquellos que están destinados a la ejecución de actividades ilícitas; que constituyan ingresos, rentas, frutos, ganancias y otros beneficios derivados de los anteriores bienes; de procedencia lícita, utilizados para ocultar bienes de ilícita procedencia; de procedencia lícita, mezclados material o jurídicamente con bienes de ilícita procedencia; de origen lícito cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los numerales anteriores, cuando la acción resulte improcedente por el reconocimiento de los derechos de un tercero de buena fe, exenta de culpa; de origen lícito cuyo valor corresponda o sea equivalente al de bienes producto directo o indirecto de una actividad ilícita, cuando no sea posible la localización, identificación o afectación material de estos, también procederá respecto de los bienes objeto de sucesión por causa de muerte, cuando en ellos concurra cualquiera de las causales previstas en esta ley.⁴⁵

De acuerdo con la clasificación expuesta, se encuentran causales de origen y causales de destinación. No existe causal que se pueda asociar con alguna de naturaleza personal y tampoco alguna causal de origen procesal. Esta particularidad de evitar causales alejadas de la naturaleza misma de la ED está íntimamente relacionada con la reforma del año 2014.

Según Santander, el código de ED de Colombia prefirió adoptar, dentro de sus presupuestos de ED, causales de carácter real; razón por la cual la valoración de ilicitud siempre va a recaer sobre una circunstancia del bien mismo, y no de su propietario, con excepción de las causales sobre bienes equivalentes, donde además de la condición real, exige la verificación de un aspecto personal. Lo anterior, no quiere decir que, en todas las causales, se deba prescindir de valoraciones de carácter *ad personam*, pues estas resultan necesarias para atribuir la consecuencia jurídica, particularmente en las causales de destinación ilícita.⁴⁶

G.- La situación en Costa Rica. El proyecto de ley costarricense sigue una línea muy semejante al código colombiano de ED, plasmando, en su artículo 17, una lista de 13 causales de ED. Las únicas dos causales del proyecto costarricense que no están contempladas en la legislación colombiana corresponden a los presupuestos 11 y 13. El primero es, en realidad, una causal de tipo procesal (bienes en investigación penal sobre actividades ilícitas sin que se hubiese dictado el comiso), la segunda se refiere a bienes vinculados a persona condenada en otro país por actividades ilícitas.

V. La actividad ilícita.

A.- Nociones sobre el concepto de actividad ilícita. A diferencia de la materia penal donde existe una larga tradición en el desarrollo de la teoría del delito, la ED no

⁴⁵ Asamblea Legislativa de Colombia, *Código de Extinción de Dominio de la Republica de Colombia: Ley No. 1708* (Colombia, 20 de enero 2014), 16, consultado el 22 de agosto de 2020, <http://eventos.senado.gov.ar:88/13679.pdf>.

⁴⁶ Abril Santander y Gilmar Giovanni, “Naturaleza Jurídica de la Extinción de Dominio: Fundamentos de las Causales Extintivas” (Tesis para optar por la Maestría en Derecho Penal, Universidad Santo Tomás en convenio con la Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, 2018), 261.

requiere de un desarrollo similar y, en todo caso, tampoco se le podrían aplicar los elementos estructurales propios de la teoría del delito. Ello no obsta que deba existir un mínimo de elementos necesarios para su aplicación. La base de dichos elementos se encuentra en las causales revisadas en el apartado anterior. En el caso de los obligatorios, también denominados “estructurales”, apuntan a condiciones objetivas (circunstancias que se dan en el mundo exterior), sin perjuicio de que exista necesidad de utilizar algunos factores subjetivos (relacionado con factores internos y propios de la psiquis del autor) en ciertas causales como aquellas relacionadas con bienes de valor equivalente.

De esta forma, un aspecto clave en la normativa de la ED es la “actividad ilícita”⁴⁷. Este elemento representa el carácter antijurídico o antinormativo de la ED con independencia de la culpabilidad del titular. Es fundamental para establecer la contrariedad del bien con el ordenamiento jurídico, a la vez que actúa como un elemento estructural y de naturaleza objetiva. En forma simplificada, una actividad ilícita se compone de los siguientes elementos: una acción u omisión, tipificada en una norma, además, antijurídica. A diferencia de la materia penal, no requiere culpabilidad ni tampoco se produce una sanción de naturaleza propiamente penal.

Conforme al artículo 1 de la LMED, la definición de actividad “ilícita” será cualquier actividad que el legislador considere susceptible de aplicación de esta ley. De esta forma, cada país definiría a cuáles actividades ilícitas se le aplicará la extinción de dominio.

Las actividades calificadas como *ilícitas*, en principio giran en torno a delitos relacionados con crimen organizado y narcotráfico, sin perjuicio de que, cada ordenamiento amplíe o restrinja el ámbito de aplicación del concepto de actividad ilícita.

B.- El Salvador. En la legislación salvadoreña la ley se aplica al lavado de dinero, al crimen organizado, maras o pandillas, agrupaciones, asociaciones y organizaciones de naturaleza criminal, actos de terrorismo, tráfico de armas, tráfico y trata de personas, delitos relacionados con drogas, delitos informáticos, de la corrupción, delitos relativos a la hacienda pública y otros.⁴⁸

Esta legislación presenta un amplio espectro de actividad ilícita, en el tanto existe un ancho margen para la aplicación del concepto de ilicitud, por cuanto no se precisan,

⁴⁷ El otro elemento indispensable, pero que no es posible abordar en esta investigación, es el bien o derecho que se pretende extinguir, sea el objeto propiamente dicho de la ED. En el caso de la LMED, el artículo 1 b, lo define de la siguiente forma: “Bienes. Activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos.”. Así, cada legislación define el significado de “bien”; pero, se define en términos bastante amplios.

⁴⁸ Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, *Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita de la República del Salvador: Decreto número 534, 2013* (El Salvador, 7 de noviembre, 2013), 5, consultado el 28 de agosto de 2020, <http://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/2/2010-2019/2013/11/A3965.PDF>

concretan o especifican en forma nítida las distintas actividades propiamente ilícitas, al contrario de lo que ocurre en otras legislaciones como la guatemalteca.⁴⁹

C- Guatemala. En lo atinente a la definición de “actividades ilícitas” la ley guatemalteca tiene un variado catálogo que abarca las ilicitudes tradicionales de narcotráfico, lavado y crimen organizado, pero también se incluyen delitos de tipo aduanero, peculado, malversación, cohecho, conspiración, comercialización de vehículos robados, ingreso ilegal de personas y otros ilícitos propios de delincuencia común.⁵⁰

D.- Honduras. En este país, la definición de actividad ilícita sigue la misma línea de las leyes anteriores, en el sentido de aplicar sobre actividad relacionada con narcotráfico, lavado de dinero, terrorismo; no obstante, se amplía a otras actividades que no tienen relación con las anteriores, como las siguientes: homicidio, secuestro, extorsión, explotación sexual, tráfico de órganos entre otros. Adicionalmente, se establecen categorías genéricas sin precisar ilícitos en forma específica o concreta, veamos: salud pública, economía, administración pública, la propiedad, recursos naturales y medio ambiente, libertad y seguridad, la seguridad interior o exterior, y cualquier otra actividad que cause incremento patrimonial de bienes sin causa económica o legal.⁵¹

E.- Costa Rica. En el proyecto de ley de Costa Rica, el artículo 3 define actividad ilícita como aquella actividad tipificada como delito grave, según lo esclarece la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional del 29 de agosto del 2002, en su artículo 2 inciso b); y el ordenamiento jurídico vigente, relacionada con un amplio inventario de delitos, como: delitos sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo y sus reformas, legitimación de capitales, corrupción, conductas típicas que reúnan los requisitos objetivos del fenómeno de delincuencia organizada, y algunos otros.

Esta definición brindada por el proyecto ha sido muy criticada por especialistas penales, aduciéndose imprecisión en la definición citada, lo cual provoca incertidumbre sobre los presupuestos específicos y concretos para aplicar la extinción de dominio.⁵²

F.- Colombia. Un camino diferente tomó Colombia, que define la actividad ilícita a partir de la actividad delictiva, estableciendo por tal: “Toda aquella tipificada como delictiva, independiente de cualquier declaración de responsabilidad penal, así como

⁴⁹ Asamblea Legislativa de Guatemala, *Ley de Extinción de Dominio: Decreto Número 55-2010* (Guatemala, 23 de diciembre del año 2010), 4, consultado el 28 de mayo de 2020, https://web.oas.org/mla/en/Countries_Intro/Guate_intro_textfun_esp_8.pdf. Como se verá, el Código de Extinción de Dominio de Colombia no define en forma específica el concepto de actividad ilícita.

⁵⁰ *Ibíd.*, 2.

⁵¹ Asamblea Legislativa de Honduras, *Decreto 27-2010: Ley sobre Privación Definitiva del Dominio de Bienes de Origen Ilícito; 16 de junio del 2010*, (Honduras, La Gaceta, No. 32, 239, 16 de junio, 2010), consultado el 28 de mayo de 2020, http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/grupoexpertos/Decomiso%20y%20ED/Ley%20de%20Privacion%20de%20Dominio%20-%20Honduras.pdf

⁵² Maestría de Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, *Dictamen 3. Texto sustituto proyecto extinción de dominio*, (6 de mayo de 2019), consultado el 28 de mayo de 2020, <https://www.ucr.ac.cr/medios/documentos/2019/pronunciamiento-maestria-ucr-sobre-texto-sustitutivo-extincion-de-dominio-mayo-2019-1.pdf>

toda actividad que el legislador considere susceptible de aplicación de esta ley por deteriorar la moral social.”⁵³ Obsérvese que esta definición de actividad ilícita es aún más imprecisa que el proyecto de ley costarricense.

Al igual que fue mencionado por los especialistas de la Maestría de Derecho Penal de la Universidad de Costa Rica, la definición transcrita es un concepto genérico, indeterminado, una especie de tipo abierto, o poco preciso. Sin embargo, esa disposición normativa superó la revisión constitucional por no encontrar ningún vicio de inconstitucionalidad.⁵⁴ En este caso “actividad ilícita” se identifica como actividad delictiva, aspecto que es reiterado en el voto C-958-14, precisándose en ese voto que las causales que “daban lugar a la extinción de dominio, se originaban en primer término, en conductas tipificadas como delitos, sin que, por ello, el proceso de extinción de dominio adquiriera una connotación penal y perdiera su naturaleza esencialmente patrimonial”.⁵⁵

En definitiva, la circunstancia ilícita es el vínculo concreto que se verifica desde una perspectiva *in rem*. Es decir, valorando la circunstancia que recae sobre el bien, que debe responder a la descripción contenida en la respectiva causal, ya sea porque el bien no está justificado en actividades lícitas, es producto, medio, instrumento, mezclado, utilizado, destinado a una actividad ilícita, o equivalente a un bien originado en actividades ilícitas de imposible afectación, u otras razones, en el caso de causales distintas a las denominadas *in rem*.⁵⁶

G.- Recapitulando. A estas alturas, existe claridad sobre los siguientes elementos o requisitos de ED: una causal prevista en la norma, un bien en los términos que definen las legislaciones y una actividad ilícita que conecta la actividad propiamente ilícita con el bien específico, ya sea porque no se justificó su actividad, porque es producto, medio, instrumento u otros de una actividad ilícita u otros aspectos descriptivos, previstos en las distintas legislaciones. Ahora, en materia de ED se utiliza el concepto de “nexo de relación”, y no nexo de causalidad, como ocurre en materia o penal.

⁵³ Asamblea Legislativa de Colombia, *Código de Extinción de Dominio de la República de Colombia: Ley No. 1708* (Colombia, 20 de enero 2014), 1, consultado el 22 de agosto de 2020, <http://eventos.senado.gov.ar:88/13679.pdf>.

⁵⁴ Mediante voto C-958-14 la Sala Constitucional de Colombia dispuso:

La Corte llega a la conclusión de que el cargo de inconstitucionalidad formulado en esta oportunidad contra las citadas disposiciones legales, no está llamado a prosperar. A juicio de la Sala, tales definiciones no adolecen de vaguedad o ambigüedad, en la medida en que tanto las actividades tipificadas como delictivas y aquellas que el legislador considere causan grave deterioro de la moral social, tienen un contenido determinable tanto por las leyes que regulan la materia, acorde además con las precisiones hechas en la jurisprudencia sobre tales contenidos. Menos aún, exceden el ámbito de regulación descrito en el artículo 34 de la Carta Política, en cuanto a los bienes que pueden ser objeto de extinción de dominio. Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia, *Demanda de Inconstitucionalidad: voto 958-14* (10 de diciembre de 2014), consultado el 22 de agosto de 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-958-14.htm>.

⁵⁵ Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia, *Demanda de Inconstitucionalidad: voto 958-14* (10 de diciembre de 2014), consultado el 22 de agosto de 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-958-14.htm>.

⁵⁶ Abril Santander y Gilmar Giovanni, “Naturaleza Jurídica de la Extinción de Dominio: Fundamentos de las Causales Extintivas” (Tesis para optar por la Maestría en Derecho Penal, Universidad Santo Tomás en convenio con la Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, 2018), 289.

Entre el bien investigado y la actividad ilícita localizada debe existir algún tipo de nexo, lo cual implica demostrar ese extremo. No basta con probar la actividad ilícita, es necesario verificar alguna relación que exista entre ella y el bien específico, sea causal o no.⁵⁷

VI. Naturaleza Jurídica de la Acción de Extinción de Dominio.

Existen distintas posiciones sobre la naturaleza jurídica de la Extinción de dominio: de naturaleza civil, de naturaleza penal, *sui generis*⁵⁸, como así se ha insinuado en esta investigación.⁵⁹

Intentar ahondar sobre la naturaleza jurídica de este instituto no es moda académica, por el contrario, es tener claridad en este punto, representaría un invaluable insumo para discernir y analizar la crítica, tanto pasada como presente, sobre la ED y, sobre todo, su aplicación práctica.

Una probabilidad para entender los desencuentros en este tema se relaciona con el origen de la ED. Como se estudió en el apartado IV, el origen del término “extinción” tiene antecedentes en el Derecho Agrario, tanto en Colombia como en Costa Rica⁶⁰. Además, dentro del ciclo de vida de los derechos reales, de los cuales el concepto de extinción forma parte de una larga tradición en la doctrina del derecho civil y de los derechos reales en particular.

En el caso de Colombia y la LMED, definitivamente el concepto se tomó del derecho civil-agrario, acogiendo la consecuencia jurídica allí prevista. Es decir, la pérdida del derecho de dominio a favor del Estado; pero tomando como presupuestos conductas o circunstancias ilícitas propias del derecho penal.

Tomando en cuenta esa mixtura de origen civil e ilicitud penal, más la disparidad de causales, donde se localizan presupuestos, de origen, de destinación, procesales,

⁵⁷ En este sentido se decanta Abril Santander, 291. La propia LMED en su artículo 21 indica: “...Acreditar el vínculo entre los posibles titulares de derechos sobre los bienes y el presupuesto de extinción de dominio...” En el mismo sentido el proyecto de ley costarricense establece: “ARTÍCULO 61- Fases del procedimiento. El procedimiento de extinción de dominio se desarrolla en dos fases: 1) Fase investigativa: Es la fase del procedimiento que tiene por objeto identificar, ubicar y asegurar los bienes, recabar la prueba con el fin de acreditar su vinculación a los presupuestos de las causales de extinción de dominio previstas en esta ley...”

⁵⁸ Para un investigador salvadoreño, la ED tiene naturaleza, autónoma, real y patrimonial. Lo que evidencia cierta confusión entre las características propiamente dichas del instituto y su naturaleza jurídica en los términos precisados. En sentido similar y afirmando que se trata de una naturaleza *sui generis*, un estudio universitario de Guatemala concluye que, “posee una naturaleza jurídica propia diferente a otros institutos jurídicos que afectan el dominio de la propiedad de una persona.” La extinción del dominio tiene una naturaleza, autónoma, real y patrimonial - art. 9 LEEDAB-, La extinción de dominio cuenta con principios, características y doctrina propia lo cual le asigna una naturaleza propia, por tanto su naturaleza no es penal, civil, ni administrativa, sino *sui generis*. Jorge Daniel Barraza et al., “Aspectos controversiales de la extinción de dominio en el Sistema Jurídico Salvadoreño”, (Tesis de Bachillerato, Universidad de El Salvador, 2018), 59, consultado el 8 de mayo 2020, <http://ri.ues.edu.sv>.

⁵⁸ Hellen Paola Pineda Garzaro, “La Extinción de Dominio, Naturaleza, Características y Análisis de su Constitucionalidad”, (Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar, Guatemala, Facultad de Derecho, 2012), 15, consultado el 9 de mayo de 2020, <http://biblio3.url.edu.gt/Tesis/2012/07/01/Pineda-Hellen.pdf>

⁵⁹ El concepto de naturaleza jurídica se usará en el sentido de buscar u ofrecer una especie de casillero de generalización, con el fin de facilitar la interpretación de los textos legales y, sobre todo, para guiar sus aplicaciones prácticas. Enrique Pedro Haba, *Metodología (Realista) del Derecho*, (San José, Costa Rica: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2012), 458.

⁶⁰ Véase n:17.

reales y personales, encontrar una única naturaleza jurídica nos conduce, ineludiblemente, a caminos sin salida. En adición, para perfilar esa naturaleza, considero indispensable separar la acción procesal de la ED de las normas sustanciales de ésta.

Atendiendo a su naturaleza procesal autónoma, se trata de una acción especial, pública, jurisdiccional, directa y estrechamente relacionada –esencialmente, mas no exclusivamente, con el derecho de propiedad, en sentido amplio, en cuanto a su función social.

Para la LMED, la Sala Constitucional de Costa Rica⁶¹ y la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia⁶², la base sobre la cual se construye la fundamentación y legitimación de la ED dominio, es a partir del concepto constitucional del derecho de propiedad privada. Es decir, aquella adquirida y ejercida con plena observancia y respeto de los principios que entraña el concepto mismo de propiedad: su función social. Esta orientación constitucional se refleja en el preámbulo de la Ley Modelo de Extinción de Dominio que señala, como punto de partida, una concepción axiológica del derecho a la propiedad privada, al indicar que: “La propiedad privada adquirida legítimamente es un derecho fundamental protegido por la Constitución, la ley y el derecho internacional. Su reconocimiento está sujeto al cumplimiento de su función social, al orden público y al bienestar general. En consecuencia, este derecho no puede ser reconocido cuando se trate de bienes obtenidos de actividades ilícitas, ni gozarán de protección constitucional ni legal cuando sean destinados a ellas.”⁶³

Por su parte la Sala Constitucional costarricense sobre el tema ha indicado:

...Considera la Sala que no resulta afectado el derecho de propiedad, porque quien adquiere bienes ilícitamente o derivados de actividades ilícitas, no tiene la protección y reconocimiento del Estado, de manera que no consolida su derecho de propiedad, siendo el dominio que ejerce solo es aparente, por tener un vicio originario que no es susceptible de convalidación y que habilita al Estado a desvirtuarlo en cualquier momento. En ese sentido, el artículo 835 del Código Civil señala que hay nulidad absoluta en los actos o contratos: “1.- Cuando falta alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia. 2.- Cuando falta algún requisito o formalidad que la ley exige que en ellos interviene (sic). [...]” Dentro de los requisitos esenciales para la celebración de un acto o contrato, sin duda se encuentra la causa justa o lícita. La extinción de dominio reafirma la aplicación y reconocimiento del derecho de propiedad, en el entendido de que los bienes adquiridos por actividades ilícitas no adquieren legitimidad ni pueden gozar de protección legal. La propiedad privada adquirida legítimamente es un derecho fundamental protegido por la Constitución, la ley y el derecho internacional. **Su reconocimiento está sujeto al cumplimiento de su función social, al orden público y al bienestar general.** En consecuencia, este derecho no puede ser reconocido cuando se trate de bienes obtenidos de actividades ilícitas y en

⁶¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, *Consulta judicial facultativa: voto 18946-15* (Costa Rica, a las 11 horas 2 minutos del 2 de diciembre de 2015).

⁶² Corte Constitucional República de Colombia, *Control de Constitucionalidad: sentencia C-740 de 2003*, consultado el 28 de noviembre 2019, <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2003/C-740-03.htm>.

⁶³ Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC), *Ley Modelo sobre Extinción de Dominio* (Estados Unidos, Abril, 2011), 4, consultado el 07 de abril de 2020, https://www.unodc.org/documents/legaltools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf

consecuencia se estima que no existe una vulneración a lo dispuesto en el artículo 45 de la Constitución Política.⁶⁴

La interpretación que realiza la Sala Constitucional de Costa Rica, si bien se refiere a la Ley contra la Delincuencia Organizada, por su semejanza también aplica para la ED, y es que se hace énfasis en la función social y el orden público del derecho de propiedad como requisitos *sine qua non*, para reconocer legalmente cualquier adquisición de bienes. A contrario sensu, cuando la adquisición proviene de actividades ilícitas, las funciones típicas del derecho de propiedad sufren una afectación y, en consecuencia, no resulta válido su reconocimiento.

En el caso de Costa Rica, el proyecto de ley establece expresamente la naturaleza de la futura ley en términos semejantes a los esbozados, indicando que “la acción de extinción de dominio es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real, de contenido patrimonial y de efectos permanentes.”⁶⁵

Ahora bien, en lo atinente a la naturaleza sustancial de la ED, aquellas reglas de naturaleza sustancial vinculadas con las causales de origen ilícito tienen una valoración civil, en el tanto se está discutiendo si el derecho de propiedad nació o no nació, a través de una causa lícita, a la vida jurídica.⁶⁶

En esta misma línea, las causales de origen representan una especie de nulidad sustancial que produce efectos de pleno derecho.

El artículo 22 del Código de Extinción de Dominio en Colombia establece la nulidad *ab initio*, estableciendo que, una vez demostrada la ilicitud del origen de los bienes afectados en el proceso de ED, se entenderá que el objeto de los negocios jurídicos que dieron lugar a su adquisición es contrario al derecho de propiedad; por tanto, los actos y contratos que versen sobre dichos bienes, en ningún caso constituyen justa causa en los términos civiles, y se considerarán absolutamente nulos. Lo anterior, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe exenta de culpa, que será el tema siguiente.”⁶⁷

En el mismo sentido la ley de extinción de dominio de Guatemala establece el principio de nulidad *ab initio*: “...a) Nulidad Ab Initio... Los actos y contratos que versen sobre dichos negocios, en ningún caso constituyen justo título y son nulos *ab initio*...”⁶⁸

De otra parte, en las distintas leyes de ED se reconocen presupuestos normativos de naturaleza sancionatoria, originados en una conducta atribuible al titular, razón por la

⁶⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, *Consulta judicial facultativa: voto 18946-15* (Costa Rica, a las 11 horas 2 minutos del 2 de diciembre de 2015).

⁶⁵ Asamblea Legislativa, *Proyecto de ley expediente 19571: Ley Especial de Extinción de Dominio* (Costa Rica, 04 de enero del 2019, *La Gaceta*, No. 3), 21.

⁶⁶ Abril Santander y Gilmar Giovanny, “Naturaleza Jurídica de la Extinción de Dominio: Fundamentos de las Causales Extintivas” (Tesis para optar por la Maestría en Derecho Penal, Universidad Santo Tomás en convenio con la Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, 2018), 166.

⁶⁷ Asamblea Legislativa de Colombia, *Código de Extinción de Dominio de la República de Colombia: Ley No. 1708* (Colombia, 20 de enero 2014), 22, Consultado el 22 de agosto de 2020, <http://eventos.senado.gov.ar:88/13679.pdf>.

⁶⁸ Asamblea Legislativa de Guatemala, *Ley de Extinción de Dominio: Decreto Número 55-2010* (Guatemala, 23 de diciembre, 2010), 4, consultado el 28 de mayo de 2020, https://web.oas.org/mla/en/Countries_Intro/Guate_intro_textfun_esp_8.pdf

cual los fundamentos de su naturaleza se deben buscar también en otras categorías jurídicas distintas a las del derecho civil. A diferencia del anterior criterio, demandan una valoración de orden subjetivo de la conducta del titular de derechos sobre el bien, frente al cumplimiento de expectativas concretas de comportamiento, con relación a la observancia de los mandatos y prohibiciones que regulan el ejercicio de su derecho a la propiedad privada.⁶⁹

Este es el supuesto de las pretensiones de extinción de dominio, fundadas en una causal de destinación o utilización ilícita del objeto de extinción. En estos eventos, la valoración se centra en el respeto de aquellas normas que persiguen evitar que un determinado bien sea destinado o utilizado en una actividad ilícita o que la conducta de adquirir un derecho patrimonial, a pesar de ajustarse con la norma objetiva, se realiza con el conocimiento de su origen espurio u omitiendo el cumplimiento de ciertos deberes de prudencia y diligencia, concebidos para prevenir la realización de actividades ilícitas y que constituyen expectativas concretas de conducta que la sociedad reconoce como mínimas, para garantizar la vigencia de un orden jurídico.⁷⁰ Un posible ejemplo lo constituye la aeronave que fue adquirida de forma ilícita; pero, posteriormente, es dispuesta para el trasiego o traslado de droga.

En realidad, tratándose de causales como las mencionadas, nos encontramos ante una especie de comiso penal, pero ubicado en otro tipo de proceso distinto a este ámbito. De esta forma, recuérdese que el comiso tiene una naturaleza sancionatoria, como el de seguridad, por el peligro que representan algunos objetos; el de medios o instrumentos, los cuales se preocupan de los actos de disposición de los bienes en función de la puesta en peligro de un bien jurídico; en fin no es nada extraño que la ED conserve algo de su herencia penal.

Adicionalmente, como se analizó al momento de revisar los antecedentes de la ED, esta tiene su fuente en las recomendaciones contenidas en las convenciones de las Naciones Unidas de Viena, Palermo y Mérida que, a su vez, recogieron las principales formas de comiso que existen en el mundo. Según el literal a), del numeral 4 del artículo 3 de la Convención de Viena, las formas de decomiso son reconocidas como sanciones, pues pide a las partes firmantes del tratado que se apliquen sanciones proporcionadas a la gravedad de esos delitos⁷¹, por la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1º del presente artículo.

Se puede concluir que la naturaleza sustancial de la extinción de dominio es híbrida o compuesta, pues, de una parte, es una consecuencia civil de las actividades ilícitas con relación a las causales de origen ilícito y de bienes equivalentes; de otra parte, su naturaleza es sustancialmente sancionatoria, sustentada en normas relacionadas con la conducta del titular del derecho que no utiliza el bien para su función social, sino

⁶⁹ Abril Santander y Gilmar Giovanni, “Naturaleza Jurídica de la Extinción de Dominio: Fundamentos de las Causales Extintivas” (Tesis para optar por la Maestría en Derecho Penal, Universidad Santo Tomás en convenio con la Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, 2018), 166.

⁷⁰ *Ibíd.*, 170.

⁷¹ Organización de las Naciones Unidas, *Convención de Las Naciones Unidas Contra La Delincuencia Organizada Transnacional y Sus Protocolos* (Estados Unidos, Resolución 55/25 de la Asamblea General, 15 de noviembre, 2000), 3-4, consultado el 28 de mayo de 2020, <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

que, por el contrario, permite o pone a disposición ese bien para fines ilícitos. Sin embargo, esta naturaleza sancionatoria tiene un carácter civil y no penal. En mi criterio, la extinción de dominio no es una pena en los términos que se usa en el derecho penal, sino una sanción represiva civil como lo apunta Ruíz Cabello:

...Opinamos que la extinción de dominio no es una pena a la usanza del derecho penal, sino una sanción represiva civil. Es menester dejar claro que la sanción es el resultado del cumplimiento o incumplimiento de un deber. El resultado del cumplimiento de un deber se identifica con la sanción premial, mientras que el resultado del incumplimiento del deber se traduce en una sanción represiva. Es menester dejar claro que la sanción es el resultado del cumplimiento o incumplimiento de un deber. El resultado del cumplimiento de un deber se identifica con la sanción premial, mientras que el resultado del incumplimiento del deber se traduce en una sanción represiva.⁷²

En la línea anterior, no considero que se trate de una figura *sui generis* como “fuera de género” o “único en su género”. Conforme a lo descrito, la ED no calza en dicha clasificación, es la extinción de derechos patrimoniales pecuniarios, el género; teniendo diversas especies, sean actuales o históricas: como la confiscación, la expropiación, el decomiso, la requisición, la adjudicación y ahora la extinción de dominio que abona una nueva especie.

Como se vio anteriormente, la categoría de extinción de los derechos reales, como parte de su ciclo de vida, tiene una larga tradición en el Derecho Civil, al igual que la ilicitud.

VII. Algunas críticas a la Extinción de Dominio por afectación al derecho de Propiedad Privada

En nuestro país, varios grupos de intereses han ejercido una férrea oposición, en diversos medios de comunicación y otras instancias, en contra de la ED. Los títulos de algunas de esas críticas son claros y sugestivos, veamos algunos ejemplos: “*un riesgo para todos los ciudadanos*” semanario Universidad, “*Penalistas de la UCR se oponen a proyecto de extinción de dominio: ¿Por qué?*”, “establece «cuál es el presupuesto para aplicar la extinción de dominio». Es decir, no menciona qué debe probarse para que el Ministerio Público pida que se incauten los bienes”, Delfino: “*Extinción de dominio: una amenaza al Estado de Derecho*”, (Panorama el Programa Radial de Costa Rica: “*Las consecuencias nefastas de la extinción de dominio*”.

Para los fines de este trabajo me detendré en dos actores específicos que han realizado fuertes críticas a la ED, uno es la Defensoría de los Habitantes y la otra corresponde a la Maestría de Derecho Penal de la Universidad de Costa Rica.

En el caso de la Defensoría de los Habitantes, el informe número DH-cero tres cuatro nueve – dos mil diecinueve, remite a la Comisión Especial de la Asamblea Legislativa, el informe referente al expediente “Ley Especial de Extinción de Dominio”.

Sus críticas se centran en varios aspectos, que los resumiré de la siguiente forma: despojo a las personas de los derechos propios del proceso penal, implica menoscabo al derecho de defensa y debido proceso; su inocencia recae sobre el titular del bien; inversión en la carga de la prueba, permitir la prueba indiciaria, no se permite la prejudicialidad, que el uso de la analogía es contraria al código procesal penal; la

⁷² Mario David Ruiz Cabello, “Extinción de dominio, herramienta del derecho civil ante la ineficacia del derecho penal”, *Alegatos*, no. 77, (enero / abril de 2011): 89.

aplicación retrospectiva contraviene el principio de irretroactividad, quebranta el art. 34 de la Constitución Política, se trata de un proyecto inquisitivo, en contra de los principios del debido proceso previstos en la Convención Americana de los Derechos Humanos.⁷³

En cuanto a la Maestría de Derecho Penal, su oposición fue plasmada mediante documento dirigido al congreso con fecha seis de mayo de dos mil diecinueve, que corresponde a respuesta al oficio CE-20868-170, cuyos cuestionamientos más importantes resumiré brevemente.

A- viola el principio *in dubio pro reo* al disminuir las exigencias probatorias en torno al hecho delictivo y la relación de este con los bienes y el afectado por la ED. B- lesiona el derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo, toda vez que, si el ciudadano no justifica su patrimonio, su silencio bastaría para que el Estado lo incaute, esto al margen de que ese patrimonio no tenga relación con algún delito. C- se propone crear una jurisdicción especializada (con lo que esto supone para las finanzas costarricenses) que es innecesaria, por cuanto, desde el 2009, existe una figura que permite al Estado incautar patrimonios sin causa lícita aparente (art. 20 de la Ley contra la Delincuencia Organizada (LCDO), N°. 8754). D- “es un proyecto con rasgos “confiscatorios” y “sancionatorios”. E) para efectos de la aplicación del concepto de “actividad ilícita” del art. 3, no se concretan cuáles son las circunstancias que se deben tener por demostradas para aplicar la causal. F) algunas causales están diseñadas para sancionar al titular del bien, lo que significa que tienen naturaleza *ad personam*, y no en contra de un patrimonio, *in rem*.” G) “Los supuestos 5) y 6) son claramente confiscatorios y quebrantan el derecho de propiedad. En lugar de prever la extinción de dominio de los bienes ilícitos, se prevé la extinción de los lícitos que se han mezclado con aquellos, o que han servido para ocultarlos, lo anterior además sin límite”.⁷⁴

En general, la mayoría de los cuestionamientos giran en torno a extrapolar principios y garantías del proceso penal y aplicarlos al proyecto de Extinción de Dominio. Indudablemente, el proceso penal brinda mayores garantías a la parte denunciada, acusada o demandada. Sin embargo, el derecho penal es tan solo una parte del “*ius puniendi*” estatal, sea que el derecho sancionador no se agota en el derecho penal, pues también se justifica la necesidad de tutelar otros bienes jurídicos de

⁷³ Una crítica recurrente es lo relacionado con la inversión de la carga de la prueba. Sin embargo, en tales críticas no se considera el concepto de “prueba dinámica”, en contraposición a la regla tradicional de que quien alega un hecho tiene la obligación de probarlo. Jorge Olaso Álvarez, “La carga de la prueba en la reforma civil: ¿Carga dinámica, reinversión de la prueba, ¿redistribución de la prueba o facilidad probatoria a través de sanciones procesales”, *Revista judicial*, Edición especial (Octubre 2018): 33, <file:///C:/Users/LUISK/Downloads/Revista%20Judicial%20Edicion%20Especial%20digital.pdf>

⁷⁴ Maestría de Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, *Dictamen 3. Texto sustituto proyecto extinción de dominio*, (Costa Rica, 6 de mayo de 2019), consultado el 22 de mayo de 2020, <https://www.ucr.ac.cr/medios/documentos/2019/pronunciamiento-maestria-ucr-sobre-texto-sustitutivo-extincion-de-dominio-mayo-2019-1.pdf>

importancia para la colectividad, distintos al poder represivo de naturaleza penal del Estado.⁷⁵

En el derecho civil, de familia, mercantil y otras ramas del derecho encontramos múltiples disposiciones normativas que establecen un deber y, de no acatarse,, se procede a una sanción entendida en un sentido amplio.⁷⁶ Desde mi óptica, cualquier potestad sancionatoria, de naturaleza distinta a la penal debe confrontar con la Constitución y con el control de convencionalidad; pero, al limitar el examen al proceso penal, se restringe la visión y además, pareciera que estamos en una discusión en dos planos o “juegos de lenguaje” distintos: los “juegos del lenguaje” penal y los “juegos del lenguaje” civil⁷⁷. Llevado a ese nivel, no habría forma de lograr acuerdos, en el tanto estaríamos hablando dos “idiomas” distintos. La comparación de procesos es válida para determinar diferencias y semejanzas, pero para determinar su legalidad o no, lo que corresponde es su examen a la luz de la constitución o del control convencional.

VIII. Conclusiones

Con independencia de la denominación que se busque o exista en otras legislaciones, ya sea privación de bienes, comiso sin condena previa, comiso ampliado, privación de bienes con independencia del proceso penal, extinción del dominio, o cual otra que se desee formular, el contenido esencial debe entenderse en como una afectación al contenido esencial del dominio, a favor del Estado, sin necesidad de depender de una condena penal y sin indemnización alguna.

La atención de la extinción del derecho de propiedad debe centrarse en el Derecho Civil, donde el tópico de la extinción de los derechos reales, es ampliamente tratado en la doctrina civil y en la mayoría de los códigos civiles de Hispanoamérica. Sus raíces en la legislación agraria colombiana e incluso en la legislación costarricense, sumado a su parecido con el comiso penal, demuestra una especie de sincretismo entre lo civil y lo penal. Esos fundamentos civiles son más nítidos tratándose de aquellas causales denominadas *de origen*. En estos casos, tanto la LMOED como las distintas legislaciones entienden que se trata de aplicar una especie de patología contractual: la nulidad absoluta, plasmada en el concepto de nulidad ad-initio, por cuanto existe una ilicitud en la causa o el objeto susceptible de ser sancionada desde el campo civil.

⁷⁵ Este poder sancionador está presente en legislación relativa al derecho administrativo, derecho disciplinario, derecho laboral, entre otros. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, *Acción de Inconstitucionalidad, voto: 01781-2015* (San José, Costa Rica, 06 de febrero, 2015).

⁷⁶ La finalidad del ordenamiento jurídico es la de ser efectivo para organizar la convivencia del grupo de un modo pacífico. Para ello, deberá arbitrar los mecanismos necesarios para asegurar y garantizar su cumplimiento, y esto lo lleva a cabo por medio de las sanciones. La sanción no es un efecto primario de las normas jurídicas, sino un efecto derivado y secundario. Las normas jurídicas se caracterizan por la imposición de deberes y la correlativa atribución de derechos. Sólo en el caso de que falle esta estructura, se impondría la sanción. La sanción es, pues, un efecto no deseado, en el sentido de que sólo puede ser aplicada cuando no se logra evitar el incumplimiento del deber jurídico. La sanción jurídica presenta unos rasgos distintivos que la hacen singular respecto al resto de sanciones que pueden imponerse en otros códigos normativos (moral, usos sociales, normas religiosas, reglas del juego,...). Así las sanciones jurídicas se distinguen por su especial rigor y grado de formalización: están socialmente organizadas, cuentan con la posibilidad de recurrir al uso de la fuerza y disponen de órganos específicos de imposición.

⁷⁷ Sobre el concepto de “juegos de lenguaje”. Enrique Pedro Haba, *Metodología (Realista) del Derecho, Tomo I*, (San José, Costa Rica: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2012), 96.

La circunstancia anterior está íntimamente relacionada con el derecho de propiedad y su función social, como lo ha dejado claro tanto el Tribunal Constitucional Colombiano y también la Sala Constitucional de Costa Rica en los votos que se han comentado a lo largo de esta exposición. El derecho de propiedad no es absoluto, tiene limitaciones y, sobre todo, está destinado a cumplir determinadas funciones dentro de la sociedad donde actúa. Cuando esas funciones son abandonadas o sustituidas por otras de carácter ilícito, no hay otro remedio que intervenir privando al propietario de su titularidad, con independencia de su responsabilidad propiamente penal. Esta intervención, lejos de violar el derecho humano de propiedad, lo que hace es reafirmar la naturaleza misma de ese derecho y su contenido esencial.

Al igual que lo estableció la sala constitucional costarricense en la sentencia 2015-18946, varias veces citada, la LMED establece esa orientación de reafirmación del derecho de propiedad en su preámbulo, donde afirma que la propiedad privada adquirida legítimamente es un derecho fundamental, su reconocimiento está intrínsecamente relacionado al cumplimiento de su función social y al orden público. Como corolario, este derecho no puede ser reconocido cuando se trate de bienes obtenidos de actividades ilícitas.

Pese a su gran parecido, la ED no constituye un nuevo tipo de comiso, sino que representa un procedimiento alternativo, que opera con relativa autonomía del proceso penal, salvo aquellas causales que de alguna forma tienen relación con el proceso penal, como sería el caso de algunas causales denominadas *ad personam*. En cambio, el comiso sigue teniendo un contenido accesorio, subordinado o dependiente del proceso penal. Su suerte depende del resultado penal y de ahí su insuficiencia para cargar con las formas delictivas del siglo veintiuno.

Como se explicó, el origen de la ED obedeció a una necesidad de crear nuevas herramientas para las crecientes delincuencias globales impulsado por organizaciones como la Organización de las Naciones Unidas. Sin embargo, la forma como las legislaciones estudiadas llevaron a la positivización de la ED, varía en cada legislación. En el variopinto régimen de causales y el concepto de ilicitud de las legislaciones estudiadas no solo se muestra la falta de homogeneidad, sino que además develan circunstancias propias de las delincuencias de cada sociedad.

Distinta es la situación en el caso de Colombia que tiene una larga tradición en este tipo de legislación, que lo llevó incluso a modificar su Constitución Política. Su código de ED, promulgado en el año 2014, utiliza solamente causales de naturaleza real a fin de evitar los problemas de aplicación práctica que tuvieron en el pasado. El proyecto de ley Costa Rica, tampoco contiene presupuestos o causales del tipo *ad personam*. Considero que, en el caso costarricense, por la demora y posiciones encontradas en la aprobación de su ley, se ha tenido el cuidado de analizar cuidadosamente la normativa en gestación, de ahí que su proyecto de ED contiene disposiciones que se acercan a la legislación colombiana y también a la LMED.

A raíz de esa falta de uniformidad en aspectos sustanciales en las legislaciones estudiadas, es de esperar las dificultades que representa encontrar una específica naturaleza jurídica de la ED. Por ello se considera la naturaleza sustancial de la extinción de dominio como híbrida o compuesta, atendiendo a la distinción entre

causales de origen, de destinación y causales de tipo personal, como la de bienes equivalentes. De estas últimas, su naturaleza es sustancialmente sancionatoria, cimentadas en normas relacionadas con la conducta del titular del derecho, permitiendo o poniendo a disposición ese bien para fines ilícitos. Sin embargo, ese carácter sancionatorio lo califico de naturaleza civil y no penal; las sanciones propiamente dichas no se limitan a la materia penal, también la sanción civil tiene una larga tradición en el Derecho Privado.

Expuestas las principales características, naturaleza jurídica y planteadas algunas diferencias y semejanzas de la ED en las legislaciones estudiadas, corresponde plantearnos el problema: ¿Son razonables los temores y peligros que, en apariencia, representa la acción de Extinción del Dominio frente al derecho de propiedad?

Para responder, consideraré tres aspectos de la ED: su normativa propiamente dicha, los roces constitucionales y de derechos humanos, finalmente, su aplicación práctica a nivel de los distintos tribunales de justicia.

En cuanto al primer aspecto, es patente la disparidad de legislaciones entre los países estudiados. No obstante, en lo sustancial, han creado o están por hacerlo, herramientas jurídicas que tiene en común la creación de un procedimiento autónomo del proceso penal para la recuperación o extinción de activos, producto de actividad ilícita que tiene distintas garantías a favor del bien o derecho investigado.

Ciertamente, las legislaciones centroamericanas, incluyendo el proyecto costarricense, podrían contener algunas debilidades, imprecisiones, indeterminaciones u otros vicios, que podrían afectar derechos de propiedad, existiendo la posibilidad de que el bien objeto de *extinción* sea “no culpable” o incluso que contenga roces constitucionales. También, la aplicación de la retrospectividad e imprescriptibilidad prevista en todas las legislaciones podrían considerarse como excesos, que menoscaban el debido proceso. Sin embargo, en las legislaciones estudiadas existen diversos mecanismos para la defensa y por supuesto impugnaciones que garantizan el debido equilibrio en el proceso. Si es claro que no se trata de un procedimiento donde prevalece el principio de inocencia, como ocurre en materia penal, pero tampoco observo un desequilibrio tal que viole flagrantemente el debido proceso.

Igualmente, si comparamos las garantías del proceso penal con la ED, obviamente encontraremos un amplio margen de protección a favor del demandado o acusado en el proceso penal y una “disminución” de esas garantías en la ED. Como se apuntó, la discusión se genera a partir de la comparación del modelo procesal penal, pretendiendo que el modelo de la ED de dominio se adecúe a dicho “molde”. En esencia las críticas parten de una falacia, pues se presupone que cualquier proceso que tenga como fin la privación de bienes tiene que ajustarse al modelo garantista penal. La premisa de la forzosa comparación entre el modelo garantista penal y la acción de extinción de dominio deja de lado la naturaleza jurídica de corte civil de la ED, su carácter de acción *in rem* y su autonomía frente al proceso penal.

Un modo de observar con nitidez el anterior planteamiento consiste en tomar la presunción de inocencia, como institución propia del proceso penal para compararla con la ED. Si nos atenemos a la característica básica de acción *in rem* que ataca el bien u objeto con independencia de la persona, la comparación sobre la presunción de

inocencia, trasladada a la extinción de dominio, resulta improcedente. Si en el procedimiento de ED no existe una imputación en contra de una persona, la invocación de la presunción de inocencia resulta infructuosa.

Al respecto, cabe anotar que dichas objeciones ya han sido discutidas y resueltas dentro del contexto europeo ante el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, donde se le ha reconocido plena validez y eficacia a la figura denominada “decomiso sin condena”, semejante a la ED, al considerarla como un instituto de naturaleza sancionatoria no penal.⁷⁸

Tradicionalmente el comiso del producto del delito ha estado vinculado a la existencia de una condena previa (penal) por el delito cometido. Con este punto de partida, los opositores afirman que el *comiso, decomiso o extinción del dominio*, sin condena penal, es contrario al derecho a la presunción de inocencia, pues autoriza el decomiso de bienes procedentes de un delito que no ha sido probado y sin sentencia condenatoria.

Sin embargo, como se ha indicado, tal interpretación solamente viene determinada por un análisis apegado al proceso penal, y desconoce que, el decomiso sin condena no tiene una naturaleza propiamente penal, pues no tiene como fundamento la imposición de una sanción ajustada a la culpabilidad por el hecho. Una comparación válida sería asemejarla con la utilización de la restitución del enriquecimiento injusto, en materia civil.

De esta forma, el posible conflicto constitucional y el control de convencionalidad se ha ejercido en Europa con resultados favorables al “decomiso sin condena”. En la región centroamericana, tanto en El Salvador, Guatemala y Honduras, los intentos por declarar la inconstitucionalidad de la Ley de Extinción de Dominio han fracasado⁷⁹. Igual ha ocurrido en Colombia a partir de la reforma que promulgó el Código de Extinción de Dominio.⁸⁰

⁷⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Decisión 696/2005* (10 de julio, 2007), consultado el 2 de mayo del 2020, <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/regulacion-decomiso-nuevo-codigo-583482227>

⁷⁹ En Guatemala, Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, *Acción de Inconstitucionalidad 186-2014*. En El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, *Acción de Inconstitucionalidad 146-2014*, a las doce horas y treinta minutos del día veintiocho de mayo de dos mil dieciocho. 28-V-2018. En Honduras, también su ley de Privación del Dominio ha sido confrontada su constitucionalidad y ha salido bien librada. Véase Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Honduras, RI-706-111 de octubre de 2013: *El artículo 7 de la citada ley no contraviene el Estado de Inocencia, porque cuando se habla en este último de Presunción de Ilicitud, esto referido a las sospechas e indicios, sobre el origen de determinados bienes y que dan pie para iniciar la investigación respectiva, evidentemente la ley da margen al o los propietarios de los bienes bajo sospecha para que puedan acreditar la licitud de los mismos, situación que es compatible con lo apuntado por la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, que en su artículo 7, señala que cada una de las partes considerará la posibilidad de invertir la carga de la prueba, respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, también establece dicha normativa internacional que la implementación de la inversión de la carga de la prueba se hará en la medida en que ello sea compatible con los principios del derecho interno de cada país suscriptor y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y demás.*

⁸⁰ Sentencia C-516/15, Sala Plena de la Corte Constitucional, Colombia también declaró sin lugar un recurso de inconstitucionalidad dirigido a combatir la legalidad. Sala Plena de la Corte Constitucional

A partir de lo expuesto, si se compara el comiso penal con la ED, considero que este último, representa una mejor herramienta para privar a la delincuencia de aquellos bienes que provienen de una actividad ilícita. Por tanto, considero a la ED, como un instrumento idóneo y eficaz para perseguir bienes ilícitos y no una amenaza contra el derecho humano de la propiedad privada. Además, se trata de una herramienta preventiva y disuasiva para quienes se atrevan a contradecir las funciones del derecho de propiedad, consagrado en las constituciones estudiadas.

Sin perjuicio de lo anterior, debido a la disparidad en las legislaciones y la mezcla de causales *in rem* y *ad personam*, sería recomendable plantear una única normativa para los países centroamericanos, la cual podría crearse a partir de las disposiciones del Protocolo de Guatemala, en relación con la posibilidad de que el Consejo de Ministros de los Estados Miembros presenten una iniciativa para homogenizar la legislación de Extinción de Dominio a través de una legislación comunitaria.

XIII. BIBLIOGRAFÍA

Asamblea Legislativa de Colombia. *Código de Extinción de Dominio de la República de Colombia: Ley No. 1708*. Colombia, 20 de enero 2014. Consultado el 22 de agosto de 2020. <http://eventos.senado.gov.ar:88/13679.pdf>.

Asamblea Legislativa de Costa Rica. *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, No. 8557*. Costa Rica, 9 de enero, 2007. Consultado el 07 de abril de 2020. https://treaties.un.org/doc/source/recenttexts/corruption_s.pdf

Asamblea Legislativa de Costa Rica. *Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, no. 8302*. Convenio de Palermo, 2000, suscrito por Costa Rica el 01 de julio de 2003. Consultado el 07 de abril de 2020. <https://www.unodc.org/pdf/cld/TOCebook-s.pdf>

Asamblea Legislativa de Costa Rica. *Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, no. 7198*. Aprobada en Viena el 19 de diciembre de 1988, suscrita por Costa Rica el 25 de abril de 1989. Consultado el 07 de abril de 2020. <https://www.unodc.org/>

Asamblea Legislativa de Costa Rica. *Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso No Autorizado, Actividades Conexas, Legitimación de Capitales y Financiamiento al Terrorismo, no. 7786*. San Jose, Costa Rica, 30 de abril, 1998. San José, Costa Rica. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=65903&nValor3=87003&strTipM=TC

Asamblea Legislativa de Costa Rica. *Ley de Transformación del Instituto de Desarrollo Agrario no. 9036*. Costa Rica, 11 de mayo, 2012. Master Lex (leyes-decretos-reglamentos).

Asamblea Legislativa de Costa Rica. *Proyecto de ley expediente 19571: Ley Especial de Extinción de Dominio*. Costa Rica, 04 de enero del 2019, *La Gaceta*, No. 3.

República de Colombia. *Control de Constitucionalidad: sentencia C-740 de 2003*, consultado el 28 de noviembre 2019. <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2003/C-740-03.htm>.

Asamblea Legislativa de Guatemala. *Ley de Extinción de Dominio: Decreto Número 55-2010*. Guatemala, 23 de diciembre, 2010. Consultado el 28 de mayo de 2020. https://web.oas.org/mla/en/Countries/Intro/Guate_intro_textfun_esp_8.pdf

Asamblea Legislativa de Honduras. *Decreto 27-2010: Ley sobre Privación Definitiva del Dominio de Bienes de Origen Ilícito; 16 de junio del 2010*. Honduras, La Gaceta, No. 32, 239, 16 de junio, 2010. Consultado el 28 de mayo de 2020. http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/grupoexpertos/Decomiso%20y%20ED/Ley%20de%20Privacion%20de%20Dominio%20-%20Honduras.pdf

Asamblea Legislativa de la República de El Salvador. *Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita de la República del Salvador: Decreto número 534, 2013*. El Salvador, 7 de noviembre, 2013. Consultado el 28 de agosto de 2020. <http://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBodega/D/2/2010-2019/2013/11/A3965.PDF>

Asamblea Nacional República de Panamá. *Ley N°. 34*. Panamá, 27 de julio, 2010. Consultado el 15 de abril de 2020. https://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/legislations/PDF/PA/ley_34.PDF

Barraza, Jorge Daniel, Katia Hernández Iglesias y Abigail Leal. “*Aspectos controversiales de la extinción de dominio en el Sistema Jurídico Salvadoreño*”. Tesis de Bachillerato de la Universidad de El Salvador, 2018. Consultado el 8 de mayo de 2020. <http://ri.ues.edu.sv>.

Blanco Cordero, Isidoro, Eduardo Caparrós, Víctor Prado, Gilmar Santander y Javier Zaragoza. *Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*. Estados Unidos, Washington, D.C: Global Printing, 2018. Consultado el 23 de abril de 2020,. https://www.oas.org/es/ssm/ddot/publicaciones/LIBRO%20OEA%20LAVADO%20ACTIVOS%202018_4%20DIGITAL.pdf

Cárdenas Chinchilla, Carlos Eduardo. *Persecución Penal del Patrimonio Ilícito y Criminal: Pérdida de derechos sobre bienes originales o utilizados de actividades ilícitas y delictivas (extinción de dominio)*. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2013.

Civil Asset Forfeiture Reform Act of 2000 public Law. Estados Unidos, no. 106–185, 25 de abril, 2000. Consultado el 28 de noviembre, 2019. <https://www.justice.gov/sites/default/files/jmd/legacy/2013/10/01/act-pl106-185.pdf>

Constitución Política de Colombia, 4 de julio de 1991. Consultada el 10 de abril, 2020. <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Documents/Constitucion-Politica-Colombia.pdf>.

Constitución Política de la República de Costa Rica, de 7 de noviembre de 1949. San José, Costa Rica: Editec Editores, 2004.

Gobierno del Bicentenario. “País se prepara para próxima evaluación del GAFI en el 2020”. *Gobierno del Bicentenario*. Consultado el 07 de abril 2020. <https://www.presidencia.go.cr/comunicados/2019/03/pais-se-prepara-para-proxima-evaluacion-del-gafi-en-el-2020/>

- Greenberg, Theodore, Samuel Linda, Grant Wingate y Gray Larissa. *Recuperación de activos robados. Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*. Banco Mundial – iniciativa Star, 2009. https://star.worldbank.org/sites/star/files/NCB_Spanish.pdf
- Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica. *Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional*. Consultado el 07 de abril de 2020. <https://www.gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual>
- Haba, Enrique Pedro. *Metodología (Realista) del Derecho*. San José, Costa Rica: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2012.
- Instituto Costarricense sobre Drogas. “Qué es la GAFI?”. *Instituto Costarricense sobre Drogas*. Consultado el 07 de abril de 2020. <http://www.icd.go.cr/portalicd/index.php/inter-uif/gafi>
- Maestría de Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica. *Dictamen 3. Texto sustituto proyecto extinción de dominio*. Costa Rica, 6 de mayo de 2019. Consultado el 22 de mayo de 2020. <https://www.ucr.ac.cr/medios/documentos/2019/pronunciamiento-maestria-ucr-sobre-texto-sustitutivo-extincion-de-dominio-mayo-2019-1.pdf>
- Maquiavelo Nicolás. *El Príncipe*. Elaleph.com, 1999. <https://mega.nz/#!PYcTABxa!rnXqmWAGWMw6SCY1KUGLESRFuxB51AxXJofH6g34nWY>
- Martínez Sánchez Wilson A. et al. *La Extinción del Derecho de Dominio en Colombia*. Bogotá, Colombia: Oficina de Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, 2015. Consultado el 6 de septiembre de 2020, https://www.unodc.org/documents/colombia/2017/Marzo/La_extincion_del_derecho_de_dominio_en_Colombia.pdf,
- Nexus Poder Judicial de Costa Rica. “Resolución no. 5097-93 de la Sala Constitucional de Costa Rica”: 10 horas 24 minutos del 15 de octubre, 1993.” *Nexus Poder Judicial de Costa Rica*. Consultado 22 de agosto. 2020, <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-93701>
- Olaso Álvarez Jorge. “La carga de la prueba en la reforma civil: ¿Carga dinámica, reinversión de la prueba, ¿redistribución de la prueba o facilidad probatoria a través de sanciones procesales?”, *Revista judicial*, Edición especial (octubre 2018). Consultado el 17 de octubre de 2020. <file:///C:/Users/LUIISK/Downloads/Revista%20Judicial%20Edicion%20Especial%20digital.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas. *Convención de Las Naciones Unidas Contra La Delincuencia Organizada Transnacional y Sus Protocolos*. Estados Unidos, Resolución 55/25 de la Asamblea General, 15 de noviembre, 2000. 3-4. Consultado el 28 de mayo de 2020. <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebbook-s.pdf>
- Pineda Garzaro, Hellen Paola. “La Extinción de Dominio, Naturaleza, Características y Análisis de su Constitucionalidad”. Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar, Guatemala, Facultad de Derecho, 2012. Consultado el 9 de mayo de 2020. <http://biblio3.url.edu.gt/Tesis/2012/07/01/Pineda-Hellen.pdf>

- Ruiz Cabello Mario David. “Extinción de dominio, herramienta del derecho civil ante la ineficacia del derecho penal”. *Alegatos*, No. 77, (enero / abril de 2011).
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Acción de Inconstitucionalidad, voto: 01781-2015*. San José, Costa Rica, 06 de febrero, 2015.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Consulta judicial facultativa: voto 18946-15*. Costa Rica, a las 11 horas 2 minutos del 2 de diciembre de 2015.
- Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del Salvador. *Acción de Inconstitucionalidad: voto 146-2014AC*. El Salvador, a las 12 y 30 horas del 28 de mayo, 2018. Consultado el 28 de agosto de 2020. <http://www.jurisprudencia.gob.sv/PDF/146-2014AC.PDF>
- Sala Plena de la Corte Constitucional República de Colombia. *Control de Constitucionalidad: sentencia C-740 de 2003*. Consultado el 28 de noviembre 2019. <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2003/C-740-03.htm>.
- Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia. *Demanda de Inconstitucionalidad: voto 958-14*. 10 de diciembre de 2014. Consultado el 22 de agosto de 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-958-14.htm>
- Santander Abril, Gilmar Giovanni. “Naturaleza Jurídica de la Extinción de Dominio: Fundamentos de las Causales Extintivas”. Tesis para optar por la Maestría en Derecho Penal, Universidad Santo Tomás en convenio con la Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, 2018.
- Sistema Costarricense de Información Jurídica. “Ley no. 8754: Ley contra la Delincuencia Organizada: 27 de julio, 2009.” *Sistema Costarricense de Información Jurídica*. Consultado 22 de agosto. 2020. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=65903&nValor3=87003&strTipM=TC
- Sistema de Integración Centroamericana. *Convenio Centroamericano para la Prevención y Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos*. 12 de julio, 1997. Consultado el 07 de abril de 2020. https://www.sica.int/documentos/convenio-centroamericano-para-la-prevencion-y-represion-de-los-delitos-de-lavado-de-dinero-y-de-activos-relacionados-con-el-trafico-ilicito-de-drogas-y-delitos-conexos_1_82778.html
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Decisión 696/2005*. 10 de julio, 2007. Consultado el 2 de mayo del 2020. <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/regulacion-decomiso-nuevo-codigo-583482227>
- United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). *Ley Modelo sobre Extinción de Dominio*. Estados Unidos, abril, 2011. Consultado el 07 de abril de 2020. https://www.unodc.org/documents/legaltools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf
- Zúñiga Morales, Ulises compilador. *Código Procesal Penal (concordado, anotaciones sobre acciones de inconstitucionalidad, índice alfabético y espacios para anotaciones en cada artículo)*. San José, Costa: Investigaciones Jurídicas S.A. 2012.

La propiedad patrimonial

y el sistema de seguridad jurídica preventiva en Centroamérica

Dra. Guadalupe Ortiz Mora⁸¹

Sumario:

1.- Consideraciones generales. 2.- Sistema de seguridad jurídica preventiva. 2.1.- El efecto preventivo del Derecho Registral. 2.2.- Sistema de presunciones. 2.2.1.- Presunción de exactitud, 2.2.2. Presunción de integridad, 2.2.3. Eficacia preventiva; 2.2.4. Eficacia ofensiva. 3.- Componentes del Sistema de Seguridad Jurídica Registral. 3.1.- Notario Público. 3.2.- Juez de la República. 3.3.- Funcionario Público. 4.- Concepto y particularidades del Derecho Notarial.- 5.- Influencia de la fe pública en el Derecho registral. 6.- Particularidades de los países centroamericanos. 6.1.- Origen del derecho registral. 7.- Principios registrales. 7.1.- La existencia de principios dentro del procedimiento registral. 8.- Conclusión.-

“El reconocimiento del Derecho Registral patrimonial por parte de un Estado para proteger la propiedad privada, obedece a una política cuyo fundamento se encuentra en un sistema democrático, en donde se opta por concebir al ser humano como depositario de una serie de derechos subjetivos.” *(la autora)*

1.- Consideraciones generales

Constitucionalmente en Costa Rica el derecho a la propiedad privada ha sido objeto de discusión y protección desde la época colonial hasta en la actualidad. A través de los años se ha observado las diferentes conceptualizaciones que en torno a este derecho se ha generado, desde una propiedad privada sin límites, a una propiedad privada sujeta a limitaciones, producto de la nueva visión social, económica y cultural de los pensadores de la época, que introdujeron reformas constitucionales y que dieron paso al surgimiento de un Estado Social y Democrático del Derecho.

A partir de la Constitución Política de 1949 se regula específicamente los derechos de propiedad material e inmaterial. Referido a la propiedad material la Carta Fundamental viene a recoger en el artículo 45, el concepto que, desde la reforma a la Constitución Política de 1871 en el año 1943, se introdujo en relación con la función social de la propiedad, de tal forma que el bien inmueble aún y cuando sea propiedad privada, tendrá dentro de una comunidad un destino que cumplir.

Lo anterior se relaciona directamente con los preceptos constitucionales 46 párrafo 5) y 50, en el tanto los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos, a recibir una información veraz y a que el

⁸¹ Doctora en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Jueza del Tribunal Registral Administrativo.

Estado procure, el mayor bienestar a los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza, así como, de proporcionar a sus habitantes un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Dentro de esta organización y estructuración que el Estado costarricense realiza en torno a la propiedad privada, pilar fundamental para la protección de ésta lo constituye el Registro Nacional. Esta institución está al servicio no solo de los titulares de bienes que se encuentren dentro del comercio de los hombres, sino también de aquellos bienes demaniales que inscritos o no a favor del Estado, está en obligación de proteger. Bajo ese concepto el Registro Nacional coadyuva a mantener la paz social.

En cuanto a la propiedad inmaterial que igualmente es resorte del Registro Nacional proteger a sus titulares, su protección deriva del artículo 47 del mismo cuerpo constitucional, en concordancia con el artículo 121 inciso 18)⁸² siguiente, que indica como atribución exclusiva de la Asamblea Legislativa: “Promover el progreso de las ciencias y de las artes y asegurar por tiempo limitado, a los autores e inventores, la propiedad de sus respectivas obras e invenciones.”⁸³

El hecho de estar regulado constitucionalmente los derechos de propiedad tangible e intangible y como Estado de Derecho bajo una política democrática, ha permitido a su vez que Costa Rica suscriba diversos instrumentos que disponen la tutela de esos derechos, entre ellos; la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que en los artículos 27 y 15 respectivamente disponen:

Artículo 27: 1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.⁸⁴ Artículo 15: 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) ...b) ...c). Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan, por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.⁸⁵

⁸² *El artículo 47 de la Constitución Política protege ese contenido esencial del derecho de propiedad intelectual así: (...) Además el Constituyente incorporó una norma programática en el artículo 121 inciso 18 que establece (...) De manera que, corresponde al legislador dictar las leyes que regulen el derecho de propiedad intelectual, pero el legislador tiene como límite el contenido esencial de ese derecho. Debe tenerse presente que el legislador desconoce o viola en contenido esencial de un derecho, cuando crea normas que limitan, hacen impracticable, dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección. Porque al violarse ese contenido esencial del derecho, se quebranta la Constitución que a su vez protege ese contenido esencial intangible para el legislador.* Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Resolución No. 2134-95*, (San José, Costa Rica, a las 15 horas del 2 de mayo de 1995).

⁸³ Constitución Política de 7 de noviembre de 1949, (San José, Editec Editores, 2004), 121.

⁸⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, (París, Francia, 10 de diciembre de 1948), 27.

⁸⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales*, (Nueva York, Estados Unidos, 16 de diciembre de 1966), 15.

Tal como lo ha afirmado la Sala Constitucional, “la propiedad intelectual comprende una serie de derechos que se refieren a bienes inmateriales y que cuando están asociados a la libertad industrial y mercantil, generan posibilidades de competir en un mercado de bienes concretos.”⁸⁶ En ese mismo voto la Sala equipara la propiedad inmaterial a un derecho real, en virtud de que su titular ejerce un poder jurídico de su creación, con el fin de obtener beneficios personales y patrimoniales, pudiendo en ese tanto, oponerlos erga omnes.

Esta observancia a los derechos de la propiedad tangible e intangible coadyuvan para que Costa Rica sea considerada internacionalmente, como un país protector de los derechos humanos y en especial el de propiedad privada, bajo principios democráticos, con un trato igualitario para los nacionales y extranjeros. Ello conlleva también a impulsar el tráfico de bienes, la inversión internacional y por ende el desarrollo económico del país.

Esta visión que ha tenido el Estado costarricense de proteger la propiedad desde la óptica tangible e intangible, respetando los derechos subjetivos de sus ciudadanos, obedece no solo a una ideología de un Estado, sino también a un concepto del derecho de propiedad en relación con la funcionalidad que ese derecho tenga dentro de la sociedad.

En primer lugar, desde la reforma al artículo 29 de la Constitución Política de 1871 en el año 1943 y que posteriormente se incorporó a la Constitución Política de 1949 en su artículo 45, se concibió al derecho de propiedad no como un derecho absoluto, sino conforme a la función que éste desempeñara en la sociedad. Este artículo está redactado tomando en consideración dos ideologías políticas plasmadas en cada uno de los párrafos que conforman ese precepto constitucional. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha venido a dimensionar ese artículo en el siguiente sentido:

El primer párrafo proviene de la concepción de que la propiedad es un derecho "natural" indiscutible, inherente a toda persona por el hecho de ser persona, y en nuestra historia constitucional aparece desde el "Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica" o "Pacto de Concordia" del 1 de diciembre de 1821 (artículo 2), se repite con ligeras variantes en la "Ley de Bases y Garantías" del 8 de marzo de 1841, y en las Constituciones del 9 de abril de 1844 (artículos 1, 13 y 14), del 10 de febrero de 1847 (artículo 7), del 27 de diciembre de 1859 (artículo 25), del 15 de abril de 1869 (artículo 24) y del 7 de diciembre de 1871 (artículo 29) que estuvo en vigencia hasta 1943, salvo el breve interregno que significó la aplicación de la Constitución del 8 de junio de 1917, derogada el 3 de setiembre de 1919.

El párrafo segundo del actual artículo 45 es el mismo párrafo segundo que se introdujo en los años 1942 y 1943 al artículo 29 de la Constitución de 1871, y se asienta en el social cristianismo del Código Social de Malvinas proveniente del sociologismo funcionalista de León Duguít, de principios de este siglo. Se consideró necesario ese segundo párrafo para armonizar el texto anterior sobre propiedad, que predicaba el carácter inviolable de ésta y por tanto era un valladar infranqueable a la intervención del Estado en los mecanismos económicos, con las nuevas corrientes encaminadas a favorecer a las mayorías desposeídas, que a su vez generaron la legislación tutelar propia de esos años, como las llamadas "garantías sociales" y la

⁸⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Resolución No. 2134-95*, (San José, Costa Rica, a las 15 horas del 2 de mayo de 1995).

*legislación inquilinaria, principalmente. No sobra agregar que tal reforma constitucional al texto de 1871, que pasó sin alteraciones a la Constitución vigente del 7 de noviembre de 1949, se dictó en época de suspensión de garantías constitucionales, a raíz del cierre de los mercados de exportación por la Segunda Guerra Mundial, y con el apoyo de grandes sectores de la población. Todo para concluir que, en punto a la disciplina constitucional del patrimonio, sólo son admisibles las limitaciones "de interés social" dictadas por motivos de necesidad pública con el voto de por lo menos dos tercios del total de diputados, sea por treinta y ocho votos.*⁸⁷

Con la incorporación del artículo 47 en la citada Constitución de 1949, se concibió el derecho de propiedad no únicamente relacionado con el factor “tierra”, sino tomando en consideración otro tipo de propiedad como es el “conocimiento intelectual”. De la relación de los artículos 45 y 47⁸⁸ constitucionales, se observa como el concepto de propiedad absoluto basado en la protección inmobiliaria, se va desmembrando hacia otro tipo de propiedades que surgen a partir de las limitaciones de interés social y a partir del intelecto humano. De tal forma que ya no se podría hablar solo de propiedad absoluta como lo establece el Código Civil costarricense en su artículo 264⁸⁹, sino que lo correcto es el término propiedades. Así lo ha entendido la doctrina al manifestar: “El concepto de propiedad no se puede lograr en forma absoluta para todas sus formas (o modos de manifestación), de ahí que resulte científicamente preferible buscar los conceptos de las propiedades, en vez de la propiedad. Este recurso metodológico favorecerá la obtención de un criterio más profundo y menos abstracto.”⁹⁰

El criterio doctrinal expuesto, su autor Ricardo Zeledón llega a esa conclusión después de hacer un análisis doctrinal de la propiedad desde su dimensión estructural a la dimensión funcional, dirigido a distinguir otras propiedades diferentes a las del bien inmueble propiamente dicho, pero relacionadas con éste.

De igual manera el autor costarricense Ulate Chacón, sobre este tema ha dispuesto:

La función de la propiedad está referida a la utilidad social del bien, a su diversa naturaleza productiva: así podríamos hablar de naturaleza agrícola, ganadera, forestal, urbana, etcétera. Y la estructura, referida al conjunto de derechos y obligaciones del propietario los cuales, van a diferir dependiendo de la función que le venga asignada al bien. En otros términos, los derechos

⁸⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Resolución No. 2015000098*, (San José, Costa Rica, a las 9 horas 0 minutos del 7 de enero de 2015).

⁸⁸ *La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya sin no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo, el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia. Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social. Artículo 47: Todo autor, inventor, productor o comerciante gozará temporalmente de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre comercial, con arreglo a la ley.* Constitución Política de 7 de noviembre de 1949, (San José, Editec Editores, 2004), 45.

⁸⁹ “El dominio o propiedad absoluta sobre una cosa comprende los derechos: 1- De posesión. 2- De usufructo. 3- De transformación y enajenación. 4- De defensa y exclusión y; 5- De restitución e indemnización.” Ley no. 63: Código Civil, 264.

⁹⁰ Ricardo Zeledón Zeledón, *En Busca de un Nuevo Concepto de Propiedad. La propiedad. Ensayos*, (Costa Rica: Editorial Juricentro, 1983), 56.

y obligaciones de un titular de un terreno forestal son distintos a los derechos y obligaciones del titular de un inmueble ubicado en zona urbana.⁹¹

El profesor Pugliatti, hace la diferencia entre el perfil estático y el perfil dinámico de la propiedad, en el sentido de establecer las ventajas para la sociedad, en el tanto la propiedad tenga una función de acuerdo con la naturaleza del bien y no solamente esté dentro del patrimonio de su titular sin utilidad alguna (perfil estático). La fórmula que el profesor Pugliatti propone, implica un cambio en la naturaleza de la propiedad, para producir como consecuencia una transformación del derecho subjetivo a interés legítimo. Si bien el titular no pierde su derecho exclusivo sobre la propiedad, si tiene en relación con la sociedad una serie de obligaciones que le limitan ese derecho en beneficio del interés público.⁹²

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sigue ese concepto: “ (...)Así, la posición del carácter absoluto de la propiedad, como derecho ilimitado y exclusivo, sólo afectado por motivos de expropiación para construir obras públicas -única limitación admitida en el siglo pasado-, ha sido sustituida por una nueva visión de la propiedad, que, sin dejar de estar regulada como un derecho subjetivo, prevé que sus poderes son limitados y que además, está sujeta a deberes y obligaciones (...).”⁹³

Basado en ese concepto de la “*propiedad a las propiedades*”, el Derecho Registral como ordenamiento jurídico y el Registro Nacional como institución jurídica, que proporcionan publicidad y seguridad jurídica, tienen un papel fundamental en relación con ese “nuevo Derecho de Propiedad”. El autor José Luis de los Mozos indica que este nuevo derecho:

(...) se caracteriza por existir formas de propiedad (pluralismo), y por proclamarse, a nivel constitucional, el acceso a esas diversas formas a todos los ciudadanos. Esto no significa alteración alguna respecto de la concepción individualista de la propiedad, acentuada hoy por el liberalismo de la Constitución, pero al recibirse las tendencias nuevas esto facilita la comprensión del fenómeno que supone la regulación de ciertos tipos de propiedad. Lo que se ve muy claramente, a través del concepto de finca: antes era una simple delimitación de la superficie terrestre, una abstracción puramente geográfica o planimétrica (...). Hoy se trata de buscar un concepto más concreto, en función de su destino, cada vez existe menos- en el sentido- una propiedad en abstracto, por eso, como ya decía JOSSERAND, no se puede hablar de propiedad, sino de propiedades, así hay una propiedad mobiliaria, otra inmobiliaria, rural o agraria, urbana, del subsuelo, de la superficie o del vuelo, del aire, de los montes, del agua, etc.⁹⁴

⁹¹ Enrique Ulate Chacón, *Manual de Derecho Agrario y Justicia Agraria*, (Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2012), 139.

⁹² Salvatore Pugliatti, *La Proprietá Nel Nuovo Diritto*, (Italia: Editorial Dott. A. Giuffré, 1964), 276-278.

⁹³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Resolución No. 2015000098*, (San José, Costa Rica, a las 9 horas 0 minutos del 7 de enero de 2015).

⁹⁴ José Luis de los Mozos, *La Propiedad. Teoría General de la Propiedad*, (Costa Rica: Editorial Juricentro, 1983), 29-30.

Bajo esa conceptualización, el Derecho Registral tiene el deber de preservar esos derechos o formas de propiedades que surgen como limitaciones al derecho de propiedad a favor de la colectividad. Así como también, todo lo relacionado con el citado artículo 47 de la Constitución Política, bajo una visión integral de los diferentes derechos existentes tanto tangibles como intangibles, otorgándoles una protección a partir de la publicidad registral.

2.- Sistema de seguridad jurídica preventiva

La Administración Registral funciona bajo un sistema de seguridad jurídica preventiva, que se fundamenta en las presunciones de eficacia defensiva y ofensiva de la inscripción. De esta forma resguarda los derechos de propiedad de los particulares que han sido rogados tutelar, constituidos en las diferentes sedes extra registrales, como son: la sede notarial, la sede judicial y la sede administrativa.

Bajo ese conocimiento, el documento notarial, el judicial o el administrativo debidamente autorizado por ley, vienen a constituir los insumos por medio de los cuales el Registro opera y pone en marcha el procedimiento registral.

2.1.- El efecto preventivo del Derecho Registral

En la actualidad el Derecho Registral ha ido adquiriendo una posición dentro del ámbito jurídico, que su aplicación se hace necesaria en los diferentes actos o contratos que se realicen, a propósito de un tráfico mercantil de bienes que busca para las partes contratantes seguridad en esas transacciones económicas.

Si bien el Derecho Civil y Mercantil fijan las especificaciones y condiciones legales en que se fundamenta un acto de esa naturaleza, el Derecho Registral contiene normativa que lleva a publicitar en forma exacta y eficaz ese acto o contrato, a efecto de darlo a conocer al público en general. Con ello también se logra que el transmitente y adquirente del negocio jurídico que se inscribe, alcancen a obtener seguridad de que su acuerdo no va a ser violentado por persona diferente a ellos.

Una vez que el acto o contrato sea rogado para su inscripción al Registro, esa institución ofrece a las partes aplicar a lo pedido, un procedimiento dentro de un marco legal basado en principios registrales, que vienen a otorgarle a lo rogado características de validez y exactitud. Al mismo tiempo el efecto del acto de inscripción es de seguridad y fe pública. El usuario confía que lo inscrito en el Registro es verdadero y conforme a la realidad extra registral.

El sistema de folio real en que se basa la registración en Costa Rica consiste en la descripción exacta del bien jurídico que se pretenda inscribir. En esa descripción se especifica las características objetivas y subjetivas, que llevan al usuario a tener una información amplia del bien con el que pretende hacer una transacción económica. La aplicación de principios como el de tracto sucesivo, el de legitimación y el de legalidad, vienen a fortalecer el procedimiento registral y dar seguridad al usuario, ya que el registrador verifica y analiza la concatenación de los derechos que se transmiten o

gravan, a la luz de un marco legal que comprende la información dada por el propio Registro, la normativa aplicable al caso que se ruega y a los principios registrales.

Para alcanzar ese nivel de verosimilitud, estableció el legislador, como medio de dar perfecta visibilidad al estado jurídico de los fundos, el sistema de folio real, llevando a cada finca <su cuenta> por separado; además, a fin de tener cierta garantía de eficacia de cada transmisión y constitución, haciendo más probable que procedan de un verdadero titular, impuso el requisito de tracto sucesivo, que solo autoriza la nueva inscripción si el transferente es el titular inscrito y se halla en situación de poder transferir; finalmente, para tener la máxima seguridad posible de validez del título que se pretende inscribir, predispuso la calificación previa de éste por el Registrador, quien lo analiza en toda la medida posible; comprueba que cumple los requisitos de forma y capacidad y, en el terreno de la eficacia, se cerciora de que llena el indicado presupuesto del tracto sucesivo. Con todo ello, si no resulta segura la titularidad manifestada por el folio una vez inscrito el cambio real, sí es altamente probable.⁹⁵

El sistema de seguridad jurídica preventiva trata de proteger tanto al titular del bien como al adquirente de buena fe. De esta doble protección surge el sistema de presunciones, base legal que fundamenta la registración de los actos o contratos con valor económico.

2.2.- Sistema de presunciones

A partir del artículo 1 de la Ley sobre Inscripción de Documentos en el Registro Público⁹⁶, surge un sistema de presunciones en que se basa la registración en los diferentes Registros que conforman el Registro Nacional. Según ese artículo, la seguridad de los bienes se logra mediante la publicidad de esos bienes o derechos. Esa publicidad puede ser formal o material. La primera es de mera noticia, se informa al público sobre un aspecto que puede contribuir a la modificación de ese bien jurídico. El efecto jurídico es de información, el bien no sufre ningún cambio sustancial. La segunda o material, es la publicidad cuyos efectos jurídicos son de modificación de ese bien. El bien jurídico afectado por la publicidad material establece que el objeto registrado ha sido modificado y que esa transformación se presume exacta e íntegra. Estas presunciones de exactitud e integridad tienen efectos propios y son necesarias para entender la protección jurídica que el Registro Nacional ofrece.

El sistema registral mantiene el derecho de propiedad y presume que, si ese derecho es modificado, es porque así ha sido dispuesto por su propio titular. El dueño registral es el único que puede ejercer actos de disposición sobre el objeto inscrito. Se supone que ese propietario o dueño lo es en la realidad extra registral y se antepone a cualquier otro título que, aunque tenga fecha anterior, no ha sido inscrito en el Registro.

A través de este sistema de presunciones el Registro se convierte en una Institución de seguridad jurídica preventiva, que cede únicamente ante la comprobación en los

⁹⁵ José Luis Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho Civil*, (Madrid: Editorial Dykinson, 2003), 131.

⁹⁶ *Ley no. 3883: Ley sobre Inscripción de Documentos en el Registro Público, 1.*

Tribunales de Justicia de que el acto o contrato publicitado es inválido e ineficaz. La primera presunción para tratar es la denominada presunción de exactitud.

2.2.1. -Presunción de exactitud

La presunción de exactitud se encuentra directamente relacionada con el artículo 456 del Código Civil. Esta norma legal mantiene esa presunción al establecer la fortaleza de invalidez ante: “actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho a ello.”⁹⁷ El artículo 471 siguiente guarda esa misma filosofía. Ese numeral permite la extinción de una inscripción únicamente cuando su titular así lo ha dispuesto a favor de otra persona. Este artículo se amplía en cuanto a las inscripciones caducas que provienen de gravámenes impuestos al bien. En estos casos, el registrador al inscribir un nuevo documento hará caso omiso de esas inscripciones las que quedan canceladas automáticamente.

El artículo 472⁹⁸ del Código Civil también viene a reforzar esta presunción de exactitud al establecer: “podrá pedirse y deberá ordenarse cancelación total: 1. Cuando se extinga el inmueble objeto de la inscripción o el derecho real inscrito. 2. Cuando se declare nulo el título en virtud del cual se ha hecho la inscripción.”

De este marco legal que establece formalmente la presunción de exactitud, se extrae también el concepto mismo de esta presunción. Bajo ese conocimiento se puede indicar, que la presunción de estudio radica en informar que el titular del bien jurídico es el que aparece como tal en el acto de registro de inscripción. Que esa información dejará de ser exacta únicamente si el propio titular dispone del bien, o que ese bien se halla extinguido o se declare nulo el título que constituye el fundamento del acto de registro de inscripción. La presunción de exactitud dispone, que el acto de registro de inscripción se considera válido, exacto y eficaz.

Las características que posee la presunción de exactitud se reducen a dos: “a) La presunción de exactitud es de las llamadas <<de derecho>>, es decir, que, en virtud de un hecho, como el de la inscripción, deduce la existencia de un derecho subjetivo. b) La presunción es, asimismo, *iuris tantum*, carácter que deriva, ya de su propia naturaleza, (...). Así, pues, la inercia que las declaraciones del Registro ofrecen a la rectificación, puede ser vencida demostrando cumplidamente la inexactitud registral.”⁹⁹

Tal como lo establece el autor de la cita anterior, efectivamente del acto de registro se deduce la existencia de un derecho subjetivo. Ese derecho conforme al sistema de registro declarativo se adquiere en sede diferente a la del Registro. La inscripción le otorga al titular allí inscrito, únicamente la publicidad de ese derecho, en el tanto se informa a terceros que el propietario registral del bien jurídico es el que se indica en ese asiento registral. No hay que confundir la publicidad que le ofrece el Registro al titular

⁹⁷ Ley no. 63: Código Civil, 456.

⁹⁸ *Ibíd.*, 471-472.

⁹⁹ Jose Luis Lacruz Berdejo, *Elementos del Derecho Civil*, (Madrid: Editorial Dykinson, 2003), 135.

del bien, con el derecho de adquisición del bien previo a la inscripción. Son dos actos diferentes, en espacios de tiempo disímiles. La propiedad del bien en el sistema declarativo se adquiere en acto previo al de la registración. El Registro únicamente publicita ese acto, pero el derecho ya fue otorgado.

Asimismo, la fortaleza de la inscripción está sujeta a prueba. Por eso es *iuris tantum*. El trasfondo de los citados artículos 456, 471 y 472 es mantener al titular registral o adquirente de buena fe en la titularidad del bien, siempre que no se anule o resuelva el derecho inscrito. Ello significa que, si ese asiento registral o acto de registro de inscripción se ha inscrito mediante documento espurio y así se ha comprobado judicial o administrativamente (esta última si no hay afectación a terceros protegidos) no solo se ordena la cancelación del asiento registral donde está inscrito el bien jurídico, sino también se extingue el derecho adquirido sobre ese bien. Respecto a la segunda presunción, la de integridad, se resume como sigue.

2.2.2.- Presunción de integridad

Esta presunción es interesante ya que viene a establecer el aforismo, “*de que lo que no existe en la realidad jurídica, no existe en la realidad física*”. Ello hace presumir que lo que está inscrito en el Registro es porque existe en la realidad física. La presunción alcanza una relación jurídico – física del bien inscrito, en el tanto al publicitarse un acto de registro de inscripción, es porque ese bien existe en la realidad física. La presunción no dimensiona el hecho de que existan bienes en la realidad extra registral no inmatriculados y que afecten derechos subjetivos de propietarios que se han mantenido en la clandestinidad.

Es importante hacer notar que ante un conflicto de esa naturaleza en donde se da una colisión entre derecho inscrito y no inscrito, el Registro debe mantener la publicidad del acto de registro, hasta tanto el titular del no inmatriculado demuestre tener mediante prueba idónea un mejor derecho sobre ese bien.

La creencia que se despliega de esta presunción y que alcanza al adquirente de buena fe o tercero protegido, es estar seguro de que el bien publicitado corresponde con la descripción y titularidad que informa ese asiento de registro. Con esta presunción se hace patente los principios de seguridad y fe pública que devienen de la propia publicidad registral y que enarbola la inoponibilidad de lo no inscrito frente a los terceros.

De estas dos presunciones, *exactitud e integridad* se deriva lo que se ha denominado en el Derecho Registral, *eficacia defensiva* y *eficacia ofensiva*.

2.2.3.- Eficacia defensiva

La eficacia defensiva deviene de la presunción de exactitud y de integridad antes referidas. Protege la seguridad del derecho frente a la seguridad del tráfico o lo que es lo mismo, la seguridad estática o protección del titular registral frente a la seguridad dinámica o protección al adquirente de buena fe.

La seguridad del derecho establece que no se puede producir una modificación del bien sin el consentimiento del titular, sin la voluntad de ese titular inscrito amparado por el principio de seguridad y fe pública registral. De esta forma se presume que el designado como titular en la publicidad registral lo es en la realidad física. De tal modo que quien adquiere de ese titular lo hace válida y eficazmente.

Con la eficacia defensiva, el titular registral defiende su propiedad en el tanto se publicite en el asiento registral que él es el dueño del bien, que no ha emitido acto de voluntad que conlleve a una modificación o transformación de su derecho de propiedad y que lo consignado en ese asiento registral es verdadero, es exacto e íntegro. Obsérvese como la eficacia defensiva supone un acto de manifestación de voluntad por parte del propietario o titular del bien, para que el acto de registro provisional o definitivo cumpla los efectos formales o materiales a los que se contrae.

2.2.4.- Eficacia ofensiva

El sistema registral costarricense deriva del sistema germánico que garantiza la titularidad del bien como su situación jurídica. Existe una perfecta concatenación de los titulares registrales, así como una descripción física y jurídica del inmueble mediante el sistema de folio real. La persona que adquiere un bien lo hace tomando en cuenta la información que despliega el Registro mediante la publicidad del asiento registral, el que se considera, según el sistema de presunciones, exacto e íntegro.

La eficacia ofensiva de la inscripción va relacionada a la protección del adquirente o tercero de buena fe. Lo que es lo mismo, está relacionada con la parte dinámica que proviene de una relación contractual que recae en la persona del adquirente. El interés jurídico de esa parte es que las acciones de nulidad o de rescisión que recaigan sobre el acto o contrato no afecten a ese adquirente de buena fe.

El legislador costarricense previno esa situación en los artículos 456 y 457 del Código Civil. En el primero tal y como ya se indicó supra, establece enfáticamente la invalidación en cuanto a terceros del acto o contrato, aunque después se resuelva o anule el derecho del otorgante. Bajo ese mismo concepto, el numeral 457 dispone: “las acciones de rescisión o resolución no perjudicarán a tercero que haya inscrito su derecho”.

Con los conceptos dados por estos artículos en cuanto a la protección del tercero adquirente o protegido, que se supone cumple los requisitos para que sea considerado de buena fe, surge todo un sistema de inoponibilidad que concierne dentro de una relación contractual. Bajo ese criterio las figuras del transmitente- adquirente y sobre todo este último adquieren relevancia, en el tanto: al adquirir de titular inscrito, sea figurar como transmitente la persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitir la cosa, que ese titular corresponde al indicado en la descripción subjetiva del bien, que esa adquisición se hizo apegada al principio de publicidad y buena fe, es decir, la ignorancia del adquirente de que la titularidad de su causante está viciada, a ese

adquirente se le mantiene en su adquisición, con lo cual le es aplicable la figura de la inoponibilidad.

La eficacia ofensiva se relaciona básicamente con la protección del segundo adquirente que inscribe frente al primero que descuida esa formalidad: “La regla es típicamente latina, y está tomada de los sistemas de transcripción. Tercero es, en ella, quien, habiendo inscrito su adquisición en el Registro, está protegido por él de tal modo que no pueden oponérsele los titulares que no han inscrito las suyas.”¹⁰⁰

Conforme al concepto dado, el sistema registral costarricense contempla esa inoponibilidad en los artículos 455, 459 y 478 del Código Civil. Estas normas disponen la necesidad y conveniencia de inscribir los bienes en el Registro, ya que *lo no inscrito no perjudica*.

Se le aplica también a este tercero o adquirente de buena fe, aparte de la figura de la *inoponibilidad*, la protección de la *apariencia registral*. La publicidad dentro de este concepto de protección de la apariencia registral es esencial: “(...) el folio registral se presume exacto e íntegro, o sea que: a) todas las titularidades que manifiesta corresponden con la realidad, y b) no hay otras fuera de ellas. Esta doble presunción iuris tantum a favor del titular inscrito, se convierte en iuris et de iure para el tercero adquirente de los bienes, que contrata sobre la base de una inscripción anterior; para él, tal asiento antecedente vale siempre como exacto, válido, e íntegro y completo – aunque no lo sea- en virtud del llamado principio de fe pública.”¹⁰¹

En ese entendido, al adquirente no se le puede oponer situaciones diferentes de las que él constató mediante la publicidad del asiento registral al momento de adquirir el bien. La publicidad registral está investida de fe pública. El acto de registro publicitado sea este provisional o definitivo tiene efectos jurídicos formales o materiales. Ya sea que adviertan al usuario de que se va a producir alguna modificación en el bien, o que tal modificación ya se produjo y quien adquiere de buena fe y lo hace del titular inscrito en el Registro e inscribe esa adquisición, consolida su derecho de propiedad. Esta titularidad es lo que le da derecho al adquirente de repeler cualquier situación que se le quiera imponer a su derecho de propiedad y que no constaba en la publicidad registral al momento de adquirir la cosa.

De lo expuesto, el sistema de seguridad jurídica preventiva es una ficción jurídica. Desde el momento en que se basa en presunciones como las de exactitud e integridad, y que hace factible que al titular registral se le mantenga en esa titularidad <<eficacia defensiva>> y que al adquirente de buena fe se le mantenga en su adquisición <<eficacia ofensiva>>, trata de prevenir los efectos jurídicos de la registración de actos o contratos espurios que vengán a debilitar la publicidad del acto de registro. No es que el Registro esté de acuerdo en inscribir actos que no corresponden a la realidad física. El Registro basado en la fe pública del notario, del juez o funcionario público autorizado

¹⁰⁰ Jose Luis Lacruz Berdejo, *Elementos del Derecho Civil*, (Madrid: Editorial Dykinson, 2003), 161.

¹⁰¹ *Ibíd.*, 164-165.

inscribe el acto rogado. Se presupone que lo pedido por esos funcionarios es exacto, válido y eficaz, el registrador no tiene razón alguna para suponer que aquello no corresponde a la realidad física. Estos componentes extra registrales en una relación registral se hacen indispensables y corresponden al motor que mueve el aparato registral. El Registro sin documentos que se rueguen inscribir carece del insumo para que se produzca un acto de registro.

3.- Componentes del Sistema de Seguridad Jurídica Registral

El sistema de seguridad jurídica registral se compone de varios actores. Cada uno dentro de su competencia emite un documento sea notarial, judicial o administrativo debidamente autorizado por ley. Estos documentos vienen a constituir los insumos por medio de los cuales el Registro opera y pone en marcha el procedimiento registral. En ese sentido y para una mejor comprensión del lector, se expondrá la naturaleza jurídica de cada uno de estos componentes, que son necesarios para alcanzar dentro de un régimen jurídico democrático la protección de la propiedad privada. Estos componentes se reducen principalmente a tres: Notario Público, Juez de la República y Funcionario Administrativo.

3.1.- Notario Público

El Notario Público corresponde a un profesional en Derecho sobre el que recae una investidura dada por el Estado, para que en su nombre proceda con la realización de actos y contratos otorgados entre sujetos privados, públicos o en una relación mixta de sujeto privado y público. Bajo este concepto se le ha considerado un funcionario público con fe pública que supone que los actos otorgados por las partes ante él son ciertos.

A un Estado bajo la ideología de una democracia en donde políticamente ha sido respetuoso del derecho de propiedad y en general de los derechos fundamentales de sus ciudadanos, como lo ha sido Costa Rica, le interesa que bajo su soberanía haya paz social. Por ello se ha considerado que uno de los sujetos de derecho que puede conllevar a este ideal es el Notario Público. Si bien esta profesión no está protegida constitucionalmente como sí lo está en Colombia, a nivel legal Costa Rica se ha preocupado por establecer un concepto. En ese sentido el Código Notarial en su artículo 2), conceptualiza “al notario público como el profesional en Derecho, especialista en Derecho Notarial y Registral, habilitado legalmente para ejercer la función notarial.”¹⁰²

Durante décadas y hasta la promulgación del Código Notarial en el año 1998, el Notario Público obtenía su título que lo acreditaba en esa condición simultáneamente con la obtención del título de Licenciado en Derecho. El Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica por su parte, es el que se encarga de emitir el título de Abogado e incorporarlo al Colegio Profesional. Sin embargo, el Código Notarial exige para obtener el grado de Notario Público, un postgrado en Derecho Notarial y Registral y estar

¹⁰² Ley no. 7764: Código Notarial, 2.

incorporado al Colegio de Abogados al menos durante dos años,¹⁰³ con lo cual se eliminó la obtención de ese título juntamente con el de licenciado o abogado en derecho.

Esta reforma no solo ha traído beneficio al Derecho Notarial, en el tanto ha elevado al grado de especialización esta materia, sino también constituye un elemento más para conceptualizar al Derecho Notarial como una rama autónoma del Derecho Civil que trasciende al Derecho Registral. Nótese que el Código Notarial exige para obtener el título de notario la especialización en ambas materias. Ello es así, ya que el Derecho Registral viene a inscribir en el Registro aquellos títulos emanados por el Notario Público dentro de su ejercicio profesional, que tengan que ver con el derecho de propiedad, conceptualizado en su forma amplia tal como se ha expuesto, su transformación o modificación dentro de una relación comercial. Concretamente, se refiere a los instrumentos públicos que este profesional emita, otorgados por las partes, dentro de un tráfico comercial de bienes inscribibles en los diferentes Registros que forman parte integrante del Registro Nacional.

Es indudable el conocimiento que debe tener el notario en cuanto a la materia sustantiva que es la base para la creación del instrumento público, cuyo contenido viene a ser la manifestación de voluntad de la parte (s) otorgante dentro de un acto o contrato unilateral, bilateral o poli lateral. Bajo este concepto, el notario debe ser un profesional en derecho, un jurista que conozca a profundidad las normas que van a sustentar el acto notarial.

Sin embargo, sí es importante acotar que ejercer conjuntamente ambas profesiones la de abogado y la de notario, constituye una colisión entre ambas ramas del Derecho. El abogado busca el litigio y defiende a una parte del proceso en el cual él actúa ejerciendo su profesión. Dentro de esa relación abogado-cliente existe una total parcialidad dirigida única y exclusivamente a defender los intereses de ese cliente frente a la otra parte interesada en ese proceso.

El Notario Público trasciende esos intereses, para convertirse en un funcionario que lejos de crear una contención busca asesorar imparcialmente a las partes que acuden a su notaría. El asesoramiento, la imparcialidad y la disponibilidad son tres elementos sustanciales de la función notarial que ejerce el Notario Público. Lejos de crear controversia entre las partes que acuden a su notaría, este profesional que ejerce una función pública¹⁰⁴, asesora a la parte (s) sobre la correcta formación del acto o contrato que desea otorgar, bajo una estricta actitud imparcial, haciendo ver conjuntamente a esas partes los beneficios o perjuicios del acto o contrato que se desea constituir.

¹⁰³ “Para ser notario público y ejercer como tal, deben reunirse los siguientes requisitos: (...) c) Ser licenciado en Derecho, con el postgrado en Derecho Notarial y Registral, graduado de una universidad reconocida por las autoridades educativas competentes; además, haber estado incorporado al Colegio de Abogados de Costa Rica al menos durante dos años y, con la misma antelación, haber solicitado la habilitación para ejercer el cargo”. Ley no. 7764: Código Notarial, 3.

¹⁰⁴ Ley no. 7764: Código Notarial, 1.

Obsérvese como este funcionario que coadyuva al Estado para la correcta formación de un instrumento público que va a tener efectos jurídicos dentro de la sociedad, viene a constituir dentro de este engranaje notarial- registral, un elemento sustancial para la paz social de un Estado: “El notario en su condición de fedatario y operador del Derecho, es decir contralor de legalidad y eficacia de las voluntades, verifica el enlace; el encuadre, el escrutinio, la relación, es decir el contraste del acto con la norma de Derecho aplicable. El Notario debe contener las voluntades de las partes dentro del marco jurídico.”¹⁰⁵

Esa voluntad de las partes plasmada en un instrumento público bajo la fe pública de un Notario es lo que ingresa por rogación a la corriente registral para su posterior inscripción, lo cual se hace mediante la publicidad de un acto de registro con efectos jurídicos materiales.

3.2.- Juez de la República

El juez del que se habla en este ensayo es el perteneciente al Poder Judicial y que viene a constituir, otro de los componentes fundamentales del sistema de seguridad jurídica preventiva. Dentro de su competencia está la de dirimir conflictos referidos a bienes inscribibles o inscritos en cualquiera de los Registros que conforman el Registro Nacional, ordenar medidas cautelares en los asientos registrales que sustentan la inscripción de los diferentes objetos de registro y la inmatriculación de un bien proveniente de un proceso que conlleva todo un procedimiento judicial. Las resoluciones que este funcionario judicial emita dentro de su competencia son de acatamiento obligatorio para el funcionario registral que las califique.

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en la resolución número 100 dictada a las 16:45 horas del 17 de diciembre de 1980, y que aún el criterio allí externado no ha sido superado, obliga al registrador que califica un documento judicial, a cumplir debidamente con el mandato impuesto dentro de los límites de su competencia, prestando la cooperación debida, sin desconocer el valor de las resoluciones judiciales ni las facultades jurisdiccionales del Juez.

Ese registrador al momento de calificar un documento proveniente de un juez de la República debe ser muy cauteloso ya que se convierte en un coadyuvante del juez, a diferencia de lo que sucede en una relación notario- registrador, en donde este último se empodera del documento a efecto de hacer un análisis profundo de su contenido.

El documento procedente de la sede judicial, igualmente que el originado de la notaría de un Notario Público está investido de fe pública. Pero además se le debe agregar un requisito adicional, en el tanto ese documento judicial proviene de un proceso que conlleva a su vez un procedimiento amplio en donde las partes dirimen su conflicto con asistencia de prueba idónea, que concluye con una resolución judicial de

¹⁰⁵ Hernán Mora Vargas, “La Función Notarial”, (Costa Rica: IJSA Investigaciones Jurídicas, 2013), 45.

inmatriculación, transformación y en general una modificación a un bien jurídico inscribible en el Registro.

Por eso al registrador le está vedado alterar o revocar un fallo judicial o la forma como se produce la resolución o el acto judicial, es decir, no puede pronunciarse sobre la validez del contenido de las sentencias o sobre la validez del procedimiento, por estar así dispuesto por el artículo 153 de la Constitución Política.¹⁰⁶

De igual forma, el documento proveniente de un juez del Poder Judicial para su inscripción debe ser rogado al Registro. El registrador no inscribe actos que no sean sometidos por un tercero a la corriente registral. Necesariamente el título debe ser ingresado al Registro. Ese documento investido de la fortaleza de la fe pública judicial es lo que ingresa al Registro para su posterior inscripción. De este modo al igual que el instrumento notarial, el Registro publicita a través de un acto de registro el contenido del título rogado por el juez.

3.3.- Funcionario administrativo

El funcionario administrativo a que se hace referencia es aquel que, sin ser notario público o juez de la República, está autorizado legalmente para otorgar documentos inscribibles en el Registro. Básicamente se trata de los documentos públicos expedidos por el Instituto de Desarrollo Agrario (IDA) hoy constituido en el Instituto de Desarrollo Rural (INDER). Esta institución dentro de sus fines y objetivos cumple una misión social- agraria en el tanto y con fundamento en un estudio técnico- legal, ingresa al Registro títulos expedidos por esa institución en la persona de su representante, con el objeto de dotar de tierra a personas beneficiadas y que se encuentren en las condiciones y cumplan los requisitos legales para la obtención de esa gracia.

Igualmente, esa institución puede ingresar documentos públicos que vengán a cancelar el beneficio de propiedad otorgado a personas que por diversas razones incumplan las condiciones por las cuales les fue otorgado su derecho. Este documento es el llamando exhorto de cancelación.

A nivel registral los documentos públicos otorgados en sede administrativa, la independencia funcional del registrador es amplia. El registrador ejerce sobre ese documento al igual que lo hace con el notarial, una relación de poder desde el análisis de las formalidades intrínsecas y extrínsecas que le permitirán cancelar o suspender el acto de registro.

Este documento público está investido de fe pública que le ha sido dada al funcionario otorgante para rogar al Registro la inscripción de un documento, que vendría a provocar una inmatriculación o modificación de la publicidad registral.

¹⁰⁶ “Corresponde al Poder Judicial, además de las funciones que esta Constitución le señala, conocer de las causas civiles, penales, comerciales, de trabajo y contencioso-administrativas, así como de las otras que establezca la ley, cualquiera que sea su naturaleza y la calidad de las personas que intervengan; resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie, con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario”. Constitución Política de 7 de noviembre de 1949, (San José, Editec Editores, 2004), 153.

Obsérvese como a lo largo de la exposición de estos tres componentes básicos del Derecho Registral, el Registro actúa y pone a funcionar el aparato registral ante la rogación por parte de un tercero, de documentos constituidos u otorgados en sede diferente a la del Registro. La función registral es dar publicidad a esos títulos mediante un procedimiento reglado, que conlleva un análisis de la forma y fondo (limitada a los emitidos en sede judicial), sin poder sustituir la voluntad de las partes manifestada en esos documentos.

4.- Concepto y particularidades del Derecho Notarial

Si bien se expuso en el apartado anterior tres componentes fundamentales de la seguridad jurídica registral, existe uno, que, sin desconocer la competencia de los otros, tiene una mayor injerencia dentro de todo este movimiento del aparato registral.

Es interesante como a través de las diferentes épocas el ser humano ha tratado de buscar seguridad en sus transacciones económicas. Desde el ejercicio de ritos y solemnidades en presencia de la comunidad, hasta la utilización de testigos han servido para justificar y asegurar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas producto del tráfico comercial. Posteriormente, con la invención de la escritura se aceleró el proceso de buscar mayor seguridad en esas transacciones, ya que se dejaba exacta memoria de lo sucedido. “Esto hizo necesaria la intervención de alguien que supiera escribir y que conociera también las formalidades que fueron sustituyendo a los antiguos ritos o solemnidades con el mismo fin de dar, a la expresión de la voluntad, un sentido inequívoco. Estos llamados escribas, junto con los testigos requeridos, ocuparon el lugar del grupo social para dar fe o testimonio de los actos ocurridos en su presencia.”¹⁰⁷

En una sociedad moderna como la actual la existencia de un notariado debidamente organizado se hace indispensable. Esta organización debe cubrir no solo al notario mismo y la función notarial que este realiza, sino también, el ordenamiento jurídico que comprenda las normas legales que corresponden al fundamento jurídico de la actuación de ese notario, con apoyo a doctrina y jurisprudencia, sin dejar de lado las instituciones notariales que se vienen a convertir en garantía para los usuarios, ya que son las encargadas de velar por una correcta actuación de la función notarial que realiza el notario y su responsabilidad ante actos que riñan con la ley.

Salas y Carral y de Teresa coinciden en una definición del derecho notarial. Para ellos citando autores como Sanahuja y Giménez Arnau, dicen: “El Derecho Notarial es el conjunto de doctrinas o de normas jurídicas que regulan la organización de la función notarial y la teoría formal del instrumento público.”¹⁰⁸

¹⁰⁷ Óscar Salas, *Derecho Notarial de Centroamérica y Panamá*, (Costa Rica: Editorial Costa Rica, 1973), 21.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, 15.

De esta definición se destaca cuatro aspectos: normas; la actuación del notario público; los efectos jurídicos de la función notarial y, lo relativo al instrumento público, éste último corresponde al documento que materializa la función notarial desplegada por el notario.

El Notario Público en el ejercicio de su competencia tiene responsabilidades. El Código Notarial costarricense en el capítulo VI establece normas que refieren a la responsabilidad civil, penal y disciplinaria que tienen los notarios por el incumplimiento de sus obligaciones y deberes profesionales, así como la violación de las leyes y sus reglamentos.¹⁰⁹

Por otra parte, los efectos jurídicos de la función notarial son trascendentales. Ellos fundamentan el quehacer notarial a partir de principios generales y de la fe pública notarial que inviste al instrumento público otorgado por el notario y que viene a constituir el documento (escritura pública) en donde se plasma la voluntad de las partes y se constituyen derechos que posteriormente serán publicitados por el Registro.

Alrededor del mundo existen varios sistemas notariales que han sido clasificados atendiendo a distintos criterios. El jurista Oscar Salas siguiendo las tesis de Eduardo Pondé y Larraud, distingue los “notariados de evolución frustrada (como son el inglés, el estadounidense, (...)) el soviético);¹¹⁰ los notarios de tipo latino o plenamente desarrollados existentes en la mayoría de las naciones de Europa Occidental y de Latinoamérica, y los diferenciados que presentan ciertas características propias, como es el notariado de funcionarios judiciales o administrativos.¹¹¹ Estos dos últimos se refieren a un sistema notarial plenamente desarrollado. Respecto al judicial, los jueces realizan actuaciones notariales debidamente reguladas y bajo su responsabilidad. En el mismo sentido el sistema administrativo, que refiere a la existencia de notarios que son funcionarios del poder ejecutivo.

Interesa para este estudio el sistema notarial latino que es el seguido por Costa Rica y sus repúblicas hermanas Guatemala, Honduras, El Salvador y Nicaragua, desde el año 1948.

En el primer congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, celebrada en Buenos Aires, Argentina, se definió al notario latino como: “el profesional del Derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin

¹⁰⁹ Ley no. 7764: Código Notarial, 15-19.

¹¹⁰ En el sistema sajón o estadounidense el notario se constituye en un mero testigo profesional que autentica las firmas del documento, no su contenido. No le otorga al documento el carácter de solemne. En el sistema inglés los notarios son nombrados por el arzobispo de Canterbury y es permitido al notario una vez que inicie su trámite de retiro recomendar a su sustituto. En cuanto al notario soviético corresponde a un funcionario estatal cuya remuneración corre a cargo del Estado.

¹¹¹ Óscar Salas, *Derecho Notarial de Centroamérica y Panamá*, (Costa Rica: Editorial Costa Rica, 1973), 53.

(confiriéndoles autenticidad), conservar los originales de estos y expedir copias que den fe de su contenido.”¹¹²

Bajo ese conocimiento, cada uno de los Estados citados le ha delegado al notario público un elemento fundamental para dar certeza y validez a los actos que se realicen ante este profesional. Ese elemento es el denominado *dación de fe*, que hace que lo otorgado ante el notario sea considerado cierto. Esta dación de certeza da seguridad jurídica que aquello que fue rogado al notario y que cumplió con las diversas etapas del procedimiento notarial, en cuanto a la asesoría, legitimación y autenticidad es válido y eficaz.

De este modo, el Estado juega un papel fundamental en lo que respecta a la fe pública, al punto que la doctrina reconoce que la fe pública es un atributo que el Estado ha delegado, con el fin de dar seguridad y certeza a sus propios actos jurídicos que se realizan entre particulares o entre éstos y la administración. Por ello la fe pública encuentra su campo de acción no solo en los actos del poder público, sino, en el ámbito privado.

Conforme a lo anterior, se puede indicar que la fe pública implica seguridad, en el tanto constituye una garantía de que los hechos o actos jurídicos que se realizan bajo su amparo tienen un efecto de verdad.

5.- Influencia de la fe pública en el Derecho Registral

Tal como se indicó en el punto anterior, la fe pública viene a dar certeza, seguridad del acto o contrato que el notario otorgue en su notaría. Bajo este concepto, la fe pública se constituye en uno de los atributos elementales de la función notarial, en tanto que, si ésta no existe, los documentos otorgados por un notario serían simples papeles que pueden ser modificados sin formalidad alguna.

Legalmente se ha considerado que los hechos ocurridos ante un funcionario público en este caso notario público, y que ese profesional afirme que fueron realizados en su presencia, se consideran ciertos. El notario al otorgar un instrumento de escritura pública, en el encabezamiento indica expresamente su nombre y dirección, con lo cual está aceptando que ese documento fue otorgado ante él y que su contenido es cierto.

Con esa fortaleza de fe pública y de la cual es investido el instrumento público que ingresa a la corriente registral para su inscripción, el registrador considera que el contenido de ese documento es cierto, válido y eficaz.

Un instrumento público notarial que es rogado al Registro para su inscripción y que cumple con las formalidades intrínsecas y extrínsecas impuestas por la normativa notarial –registral, no debe ser objeto de duda por parte del registrador que lo califica. Este funcionario registral considera que, al estar ese documento investido de la fe pública notarial, lo consignado como manifestación de voluntad de las partes

¹¹² *Ibíd.*, 60.

comparecientes son ciertas y que lo consignado es realmente lo querido por esas partes otorgantes. Además, se considera por parte del funcionario registral, que conforme al principio de la inmediatez de la que goza el notario en relación con las partes que ruegan su servicio, los comparecientes han sido plenamente identificados y corresponden tanto al titular registral como al adquirente de buena fe.

6.- Particularidades de los países centroamericanos

6.1.- Origen del derecho registral

Los países centroamericanos, concretamente Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua y Costa Rica, hermanos en las luchas a favor de la libertad, de la individualidad y rechazo a la opresión y discriminación, se formaron desde la época colonial para seguir un sistema de protección a las transacciones hipotecarias buscando seguridad jurídica que trascendió a la enajenación de los bienes inmobiliarios, mobiliarios y de propiedad intelectual.

Cada uno de estos países protegieron a nivel constitucional el derecho a la propiedad, fundamentados en las corrientes libertadoras que ya se estaban estableciendo en los países como Francia y Estados Unidos y, además, seguidos por ese sentimiento de búsqueda de la seguridad jurídica de la persona. Constitucionalmente la república de El Salvador protege este derecho a la propiedad privada en su artículo 2 constitucional, igualmente Guatemala que lo hace en su artículo 39, Honduras en su artículo 61, Costa Rica en el artículo 45 y finalmente Nicaragua en el artículo 58.

Por la influencia indudable que tenían estos países de la Europa Continental y sobre todo de España, hubo documentos que fueron tomados como antecedentes en el origen del Derecho Registral.

En orden estamos hablando de la “Real Pragmática” de 1539. Esta ley tenía como fin que las ciudades y villas que fueran cabeza de jurisdicción tenían la obligación de llevar un libro denominado “Registro de Censos y Tributos”, en el cual se llevaba el registro de los contratos de censo y de las hipotecas que se realizaran en cada uno de esos territorios.¹¹³ “La no registración implicaba que dichos actos no serían oponibles al ulterior adquirente de la finca, ni tampoco podrían alegarse en juicio.”¹¹⁴

A pesar de que esta ley vino a resolver un problema que se relacionaba con la publicidad de los actos, concretamente los de censo e hipotecas y que para la época en que fue promulgada tuvo su efecto jurídico positivo, transcurrido más de dos siglos, fue sustituida por la “Real Pragmática de Carlos III” dictada en 1768. Esa ley “reemplazó

¹¹³ Carmen Chicas Méndez, Jenny Marisol González Campos y Gloria Elizabeth Ventura Rodríguez. “*Introducción al Derecho Registral*”. (Tesis de grado para optar el grado académico de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, San Salvador, 2006).

¹¹⁴ Jose Luis Lacruz Berdejo, *Elementos del Derecho Civil*, (Madrid, España: Editorial Dykinson, 2003), 28.

los Registros de Censos y Tributos, por los Oficios o Contadurías de Hipotecas, que debían ser llevados por los escribanos del Ayuntamiento, y corresponde el antecedente inmediato del actual Registro español.”¹¹⁵

Los Oficios o Contadurías de Hipotecas se consideró una institución con mayor fortaleza que su antecesora, en cuanto a su estructura y organización, pero no en cuanto a su eficacia, ya que “seguía publicitando hipotecas y censos, mientras que las transferencias de dominio o los derechos reales de goce, seguían permaneciendo hasta bien entrado el siglo XIX fuera del Registro.”¹¹⁶

Un documento de suma importancia y que contribuyó a la formación de un Registro en Costa Rica, fue la Ley Hipotecaria Española de 1861 que en su parte material distinguió un régimen registral y la regulación del derecho real de hipoteca. En igual sentido estuvo El Salvador con dos leyes hipotecarias que dieron sustento jurídico a la formación de un registro general de hipotecas. Actualmente, cada uno de estos países tiene su propia normativa y forma de organización registral que fortalece el sistema de seguridad jurídica preventiva que rige en cada uno de ellos.

Todos estos países centroamericanos, incluyendo en la actualidad a Panamá, tenemos como común denominador una Institución Registral, que regula todo lo concerniente al tráfico económico de la propiedad mueble, inmueble, mercantil e intelectual, basada en un sistema de presunciones y principios registrales que fortalecen el tráfico mercantil. Honduras al igual que Costa Rica, protege bajo una misma institución estas materias, dándole paso a una nueva visión del derecho registral que se ha extendido a bienes que en sus orígenes no eran capaces de ser publicitados en un Registro de la Propiedad, ya que se limitaba a la propiedad inmueble. El Salvador incorpora dentro de la institución registral los derechos de propiedad intelectual, o así los bienes muebles concernientes a los vehículos automotores. Los demás países de la región, si bien regulan la propiedad intelectual, ésta es de competencia de otra institución fuera del Registro de la Propiedad.

Este nuevo paradigma que lejos de traer consecuencias negativas ha sido para cada uno de estos países una nueva fuente de ingreso y de expansión económica, sin perder de vista su naturaleza jurídica y aplicación de los principios registrales que le dan fortaleza al procedimiento registral.

Los sistemas registrales seguidos en los países de la región convergen en varios aspectos, no solo tal como se indicó, un sistema de seguridad jurídica preventiva, basado en presunciones, sino también en principios registrales, que le han dado fortaleza al procedimiento registral.

7.- Principios registrales

7.1.- La existencia de principios dentro del procedimiento registral

¹¹⁵ Luis Moisset de Espanes, *Publicidad Registral*, (Argentina: Editorial Duarte Quirós 511, 1991), 11.

¹¹⁶ José Luis Lacruz Berdejo, *Elementos del Derecho Civil*, (Madrid, España: Editorial Dykinson, 2003), 28.

El sistema de seguridad jurídica preventiva se fundamenta en la existencia de principios registrales que regulan el procedimiento de calificación de un documento dentro de un marco de calificación, para generar un acto de registro provisional o definitivo. El registrador al momento de calificar el documento y para verificar si éste cumple con las formalidades extrínsecas e intrínsecas, aplica de modo ordenado y continuo cada uno de los principios registrales.

En cuanto a los principios tratados en forma general, la doctrina ha indicado: “(...) que la utilización de la palabra principios es pauta indicadora de su carácter básico, de puntos de apoyo para todo el sistema del ordenamiento jurídico, al que también imprimen todo su sentido. El calificativo de general significa que no se refieren ya y solamente a un precepto concreto, sino que organizan y dan sentido a muchos. Al decir que son principios del derecho significa, su carácter de fórmulas técnicas del mundo jurídico y no criterios de índole moral o de inciertas y vagas directivas.”¹¹⁷

Dentro del Derecho Registral los principios son considerados normas jurídicas. La aplicación de cada uno de ellos da a conocer de modo directo el precepto legal que se regula para la inscripción de un documento de los contenidos en el ordenamiento jurídico y concretamente los actos regulados en la legislación contractual. El autor La Cruz Berdejo manifiesta: “los principios son, sobre todo, y desde que se inicia la génesis de una ley, como la espina dorsal de su redacción, cuya virtualidad se pone de relieve en cada reforma. Son directrices que pueden y deben servir para una ley de bases, formando las líneas maestras de un sistema que luego ha de rellenar el redactor del texto legal.”¹¹⁸

Caicedo Escobar los define como: “las reglas o ideas fundamentales que sirven de base al sistema inmobiliario registral de un país determinado. Son útiles como criterio ordenador y medio para facilitar el estudio y comprensión de esta disciplina. Hacen parte de las reglas más generales de la legislación de un país, formuladas directamente u obtenidas por inducción de sus preceptos, que dan a conocer los lineamientos o “ideas fuerza” de un ordenamiento registral.”¹¹⁹

La aplicación de los principios en una forma ordenada, llevando un hilo conductor con el contenido del documento que se analiza, a la luz de la información que conste en el Registro y las normas sustantivas aplicables, hacen que esos principios constituyan verdaderas líneas que conllevan no solo a obtener un derecho en la publicidad registral, sino también, para el operador jurídico sea administrativo o jurisdiccional, en la resolución de conflictos donde se involucre la titularidad de la propiedad tangible o intangible.

¹¹⁷ Emilio Fernández Vázquez, *Diccionario de Derecho Público*, (Argentina: Editorial Astrea, 1981), 604.

¹¹⁸ José Luis Lacruz Berdejo, *Elementos del Derecho Civil*, (Madrid: Editorial Dykinson, 2003), 39.

¹¹⁹ Eduardo Caicedo Escobar, *Derecho Inmobiliario Registral*, (Colombia, Editorial Temis, 2001), 34.

Bajo ese conocimiento, se puede conceptualizar *el principio registral*, como aquel que sistemáticamente aplicado dentro de un procedimiento, alcanza una construcción jurídica de un acto.

En la emisión de un acto de registro, el registrador debe realizar un análisis formal y jurídico del documento que se somete para su inscripción. Conforme a ello se asegura que el documento autorizado por él para su registración va a generar un acto de registro válido y eficaz. La publicidad formal o material son los efectos del acto de registro que se pone en conocimiento a terceros. Todo el Derecho Registral gira alrededor de la publicidad. Existe una conexión *sine quoniam* de todos los principios que son parte del procedimiento registral con el principio de publicidad. Éste viene a constituir el último eslabón dentro de un iter procedimental, que refleja hacia el tercero el acto de registro y que a su vez sustenta la fe pública registral. Estos dos principios publicidad y fe pública se constituyen en fuente de la seguridad jurídica registral.

Ahora bien, enumerar los principios registrales depende de los diferentes sistemas que existen en cuanto a la protección de la seguridad jurídica preventiva. En cada uno de ellos difiere el número de principios que engloba el sistema que se sigue. Sin embargo, se puede indicar la convergencia que existe entre éstos, haciendo la salvedad del orden de importancia de los principios adoptado por cada país.

En los diferentes países de la región, quizás con alguna leve diferencia en el nombre de algunos de ellos, más no en el efecto, se han adoptado los siguientes principios: rogación, prioridad, tracto sucesivo, legitimación, especialidad, legalidad, publicidad, fe pública y seguridad.

De acuerdo con los efectos que producen cada uno de ellos se pueden clasificar de la siguiente manera:

a.- Principios derivados de la voluntad de las partes

El ingreso del documento a la corriente registral deviene de un acto de la voluntad de las partes. El Registro está inhibido a obligar a los comparecientes de un documento inscribible a presentarlo al Registro, con el fin de que se inscriba el acto allí constituido. Ello obedece a dos situaciones: la primera porque la propia legislación civil y registral que sigue el sistema declarativo no obliga a inscribir el documento. El acto nace desde el momento en que las partes consienten en cosa y precio. Segundo, el Registro se entera del otorgamiento de un acto inscribible cuando se presenta a su sede. Por ello se le ha denominado a este principio de “rogación”. Las partes ruegan al Registro inscribir ese documento.

Dentro de esta clasificación y ligado al principio de rogación se cita el principio de *legitimación*. Es fundamental que el acto otorgado cuente con el consentimiento real del titular del derecho, sea que lo adquiera en el mismo acto o que así se desprenda de la publicidad registral. La legitimación es uno de los requisitos que da *existencia* al acto. Sin su presencia no hay un “justo título” y ello trae como consecuencia la nulidad

absoluta de ese acto. El titular del derecho por medio del principio de rogación desea que se publicite el contenido del documento que presenta para su inscripción y se emita el acto de registro con publicidad formal o material para efectos de terceros.

b.- Principios de orden registral

Son aquellos que vienen a establecer una ordenación continua y concatenada de los documentos que ingresan a la corriente registral. De acuerdo con el acto que se emita y el bien jurídico involucrado en el acto o contrato, estos documentos se distribuyen en los diferentes Registros que integran el Registro Nacional en el caso de Costa Rica, o en las diferentes unidades de inscripción contenidas en los Registros de la Propiedad. Dentro de esta clasificación se encuentran, los principios de “prioridad”, de “tracto sucesivo” y “especialidad”.

c.- Principios derivados del marco de calificación

Ligado al marco de calificación se encuentra el principio de *legalidad*. Este principio constituye la expresión máxima del registrador en su análisis formal y sustantivo del documento que se somete para su inscripción. El Registrador debe verificar y analizar si el acto rogado cumple con las formalidades extrínsecas e intrínsecas para su inscripción. Ese estudio lo realiza dentro de un marco de calificación y aplica para ello la normativa que ofrece el ordenamiento jurídico, conforme al acto a inscribir.

d.- Principios que dan a conocer el acto de registro

La razón de ser del Registro como institución es publicitar los actos que le rueguen inscribir. Se engloba dentro de esta clasificación al principio de publicidad. Su finalidad es extraer de la oscuridad aquellos actos otorgados por las personas que son objeto de inscripción, para que sean conocidos por todos aquellos que ingresen a la publicidad registral.

e.- Principios derivados de los efectos sustantivos de la publicidad

Dentro de estos principios encontramos el de fe pública y seguridad registral. La seguridad jurídica preventiva presupone y da fe, que lo publicitado mediante un acto de registro es válido y eficaz. Precisamente la función del Registrador es analizar el acto que se ruegue inscribir desde la óptica de las formalidades extrínsecas e intrínsecas, ajustado a una normativa que le ofrece el ordenamiento jurídico. El Registrador actúa dentro de ese marco de calificación y se presume que el documento que autoriza cumple con los requisitos estipulados por la normativa que al efecto se le aplica conforme al acto rogado. Se presupone también, que ese producto que sale de todo este procedimiento registral es exacto y que existe una verdadera relación entre la realidad jurídica y la realidad física del bien. Esa perfecta relación entre lo jurídico y lo físico es lo que deriva en el principio de fe pública y seguridad registral.

Cada uno de los principios expuestos cumplen un papel fundamental dentro del iter procedimental en la inscripción de un instrumento o documento público, que conllevan

a considerar que lo rogado es válido y eficaz, y, sobre todo, al estar investido de la fe pública notarial, judicial o administrativa, su fortaleza se sobrepone a cualquier documento contrario.

Los principios de publicidad, seguridad y fe pública registral se han considerado la base de un sistema registral de seguridad jurídica preventiva a diferencia de un sistema registral económico. Para este último, la seguridad se fundamenta en la búsqueda de antecedentes del bien jurídico a contratar en diferentes instituciones, estudio que al final no es totalmente válido debiendo cubrir ese faltante con la contratación de una institución aseguradora.

En el sistema de seguridad jurídica preventiva, al cumplir el documento rogado con las formalidades intrínsecas y extrínsecas analizadas a través de un procedimiento establecido bajo un marco de calificación por medio de un calificador funcionario de un Registro como institución, llega a alcanzar su publicidad a través de un asiento registral, cuya información es oponible a terceros. De esa publicidad se deriva el principio de seguridad y fe pública que constituyen la fortaleza del sistema registral.

8.- Conclusión

La necesidad de contar con un sistema que de protección a los derechos fundamentales del hombre, atendiendo a los principios de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, entre ellos la propiedad, ha generado en la era moderna que desde el siglo XIX se hallan implementado diferentes sistemas registrales, que han propiciado cuestionamientos favorables o negativos de parte de los diferentes autores, cuyos criterios muchas veces encontrados, ninguno ha negado que los bienes jurídicos que devienen de una relación comercial deben ser inscritos en un Registro como institución, con el fin de dar seguridad al tráfico comercial de bienes.

Es importante resaltar el papel preponderante que dentro de la doctrina ha tenido el Derecho Comparado en relación con el Derecho Registral. “Lo que se ha llamado <<vocación comparatista del Derecho Registral>>, tiene como base la existencia de un problema común a todos los pueblos: la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario. Por eso, hoy se busca más que un <<paralelismo institucional, un comparatismo de acercamiento, de principios comunes>>.”¹²⁰

Bajo ese contexto, la doctrina ha sido proclive de dar a conocer las diferencias existentes de cada sistema y ello ha contribuido a un constante estudio de parte de cada Estado, con el fin de incorporar dentro de su realidad registral, las mejores prácticas seguidas en la implementación del Derecho Registral.

Los congresos internacionales de Derecho Registral, concretamente los organizados por el Centro Internacional de Derecho Registral (CINDER), en el que concurre representación de los diferentes países de América Latina e Iberoamérica, entre ellos los

¹²⁰ Antonio Manzano Solano y María del Mar Manzano Fernández, *Instituciones de Derecho Registral Inmobiliario*, (España: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2008), 69.

países centroamericanos y que data desde el año 1972, se discute técnicamente los temas más importantes y actuales relacionados con la publicidad y seguridad registral, partiendo de la existencia de principios registrales como elementos rectores del Derecho Registral y que da base a la doctrina, para que los diferentes autores sigan construyendo o reafirmando teorías que fundamentan la existencia de este Derecho y pongan en discusión, los diferentes institutos relacionados con el Derecho Registral.

Otro congreso de importancia en esta materia es el denominado “Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral”, celebrado cada año en los diferentes países latinoamericanos. En él se discuten temas de interés actual para cada país participante.

En estos encuentros los representantes de los diferentes sistemas latinoamericanos reconocen la independencia del Derecho Registral, basado en la seguridad jurídica y la publicidad inmobiliaria, dejando muy claro “que la seguridad jurídica corresponde a los Registros y la Justicia a los Tribunales.”¹²¹

Los países de la región han reconocido la importancia de los principios registrales que se encuentran patentes en el procedimiento registral. Estos principios pueden variar conforme a la idiosincrasia de cada país, a las regulaciones y limitaciones que cada Estado imponga conforme a su realidad jurídica y política. Sin embargo, por lo general a nivel nacional e internacional se ha coincidido en la aplicación de éstos, siendo los principios de publicidad y seguridad los fundamentales en lo que descansa el sistema registral.

Cada uno de los países centroamericanos cuentan con un Registro como institución, bajo una estructura organizacional, encargado de brindar el servicio público, para que al documento notarial, judicial o administrativo que se ruega calificar, le sea aplicado el procedimiento registral basado en principios registrales, hasta concluir con un acto de registro con efectos jurídicos formal o material.

Como podemos observar a lo largo de este pequeño ensayo, los países centroamericanos registralmente son coincidentes en lo que respecta a la materia registral. Pertenecen todos al sistema de notariado latino fundado desde 1948 y por ende a la protección de los actos y contratos de bienes jurídicos inscribibles en un Registro como Institución, bajo el sistema de seguridad jurídica preventiva. Se coincide en congresos internacionales que favorecen el crecimiento de esta materia con la exposición de las mejores prácticas registrales que cada país expone a través de sus representantes.

Asimismo, se ha trabajado conjuntamente en manuales de acatamiento obligatorio para la región en la materia de propiedad intelectual. Entre ellos el Manual de Organización y Examen de Solicitudes de Patentes de Invención, con el objetivo de unificar las diferentes legislaciones para realizar los registros y facilitar así la labor de las empresas que deben lidiar con diferentes reglas, tiempos y procedimientos para registrar sus patentes en los países de Centroamérica.

¹²¹ XXVI Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral, (Conferencia, Ciudad de Panamá del 10 al 14 de junio de 2013).

En ese mismo orden de ideas, otro instrumento jurídico es el Manual Armonizado en Materia de Criterio de Marcas, que siguen las oficinas de propiedad industrial de los países de Centroamérica y República Dominicana, que al igual que el de patentes busca unificar criterios de calificación.

Todos estos congresos, instrumentos jurídicos que comparten los países de la región, sin duda alguna favorecen y fortalecen el sistema de seguridad jurídica preventiva, basado en presunciones y principios registrales. Quizás algunos de estos países por circunstancias políticas no se han podido desarrollar plenamente en los últimos tiempos, pero los cimientos existen y los demás países los apoyan técnicamente para que se continúe con este sistema que sin duda alguna es mucho más económico y seguro para el usuario.

BIBLIOGRAFIA.

Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, París, Francia, 10 de diciembre de 1948.

Asamblea General de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales*, Nueva York, Estados Unidos, 16 de diciembre de 1966.

Caicedo Escobar, Eduardo. *Derecho Inmobiliario Registral*. Colombia: Editorial Temis, 2001.

Chicas Méndez, Carmen, González Campos, Jenny Marisol y Ventura Rodríguez, Gloria Elizabeth. *“Introducción al Derecho Registral”*. Tesis de grado para optar el grado académico de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, San Salvador, 2006.

Constitución Política de la República de Costa Rica, de 7 de noviembre de 1949, San José, Costa Rica: Editec Editores, 2004.

De los Mozos, José Luis. *La Propiedad: “Teoría General de la Propiedad*. En Fundación Internacional de Derecho Agrario Comparado (Ed). *La Propiedad Ensayos*”. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 1983.

Fernández Vásquez, Emilio. *Diccionario de Derecho Público*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1981.

Lacruz Berdejo, José Luis. *Elementos de Derecho Civil*. Madrid, España: Editorial Dykinson, 2003.

- Manzano Solano, Antonio y María del Mar Manzano Fernández. *Instituciones de Derecho Registral Inmobiliario*. España: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2008.
- Moisset de Espantes, Luis. *Publicidad Registral*. Córdoba, Argentina: Editorial Duarte Quirós 511, 1991.
- Mora Vargas, Herman. “La Función Notarial”. San Jose, Costa Rica: IJSA Investigaciones Jurídicas, 2013.
- Nexus Poder Judicial de Costa Rica. “Resolución no. 2134-95 de la Sala Constitucional de Costa Rica: 15 horas del 2 de mayo, 1995.” *Nexus Poder Judicial de Costa Rica*. Consultado 22 de agosto. 2020, <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-81543>
- Nexus Poder Judicial de Costa Rica. “Resolución no. 2015000098 de la Sala Constitucional de Costa Rica: 9 horas 0 minutos del 7 de enero, 2015.” *Nexus Poder Judicial de Costa Rica*. Consultado 22 de agosto. 2020, <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-631253>
- Pugliatti, Salvatore. *La Propietá Nel Nuovo Diritto*. Milan, Italia: Editorial Dott. A. Giuffré, 1964.
- Salas, Óscar A. *Derecho Notarial de Centroamérica y Panamá*. San Jose, Costa Rica: Editorial Costa Rica, 1973.
- Sistema Costarricense de Información Jurídica. “Ley no. 63: Código Civil: 28 de septiembre, 1887.” *Sistema Costarricense de Información Jurídica*. Consultado 22 de agosto. 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=15437
- Sistema Costarricense de Información Jurídica. “Ley no. 7764: Código Notarial: 6 de abril, 1998.” *Sistema Costarricense de Información Jurídica*. Consultado 22 de agosto. 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=42683
- Sistema Costarricense de Información Jurídica. “Ley no. 3883: Ley sobre Inscripción de Documentos en el Registro Público: 30 de mayo, 1967.” *Sistema Costarricense de Información Jurídica*. Consultado 22 de agosto. 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=38440&nValor3=40527&strTipM=TC
- Ulate Chacón, Enrique. *Manual de Derecho Agrario y Justicia Agraria*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2012.

Zeledón Zeledón, Ricardo. *En Busca de un Nuevo Concepto de Propiedad*. “En Fundación Internacional de Derecho Agrario Comparado”. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 1983.

Nociones sobre el origen y la autonomía del Derecho Registral: publicidad registral y buena fe en la experiencia Costarricense y Guatemalteca

Dr. Enrique N. Ulate Chacón¹²²

SUMARIO.-

Introducción. 1.- El Derecho Registral como política de Estado. 2.- La Autonomía del Derecho Registral (ius conditio y ius condendum). Los presupuestos básicos para sustentarla. 3.- El sistema registral inmobiliario en Guatemala, y la unificación del catastro y registro en Costa Rica. 4.- La fe notarial y responsabilidad del Notario. 5.- La publicidad jurídica y las realidades extrarregistrales en la jurisprudencia. 6.- Fiscalización en sede administrativa: responsabilidad de la Junta Administrativa del Registro Público (persona jurídica instrumental). 7.- Algunos criterios jurisprudenciales, en torno a los criterios registrales y la fe pública registral, en las decisiones de casos concretos. 8.- Consideraciones conclusivas. Bibliografía.

Resumen:

Se desarrolla el origen de la función notarial y la regulación primigenia del Derecho Hipotecario, sobre todo en Italia y España, y cómo estos ordenamientos inciden en el ámbito Centroamericano. Se explica el derecho registral patrimonial como política de Estado, en Costa Rica y Guatemala, su autonomía y principios, para luego abordar el tema de la publicidad, la seguridad jurídica, y la fe pública registral y notarial. Se exponen algunos criterios jurisprudenciales, en torno a dichos principios, en la experiencia costarricense.

¹²² Coordinador del Doctorado Académico en Derecho, profesor de Derecho privado, Derechos Reales y Derecho Agrario, de la Universidad de Costa Rica. Presidente del Tribunal Agrario.

Introducción

Cuando exploramos temas vinculados con la propiedad, los derechos reales y la publicidad registral y, particularmente las formas de garantizar la seguridad jurídica, el tráfico mercantil, mediante el ejercicio de la fe pública notarial y registral, resulta más que obligatorio repasar algunos antecedentes históricos de sus orígenes.

En ese sentido resulta importante recordar que desde el s.XII surgió en Roma para darles autenticidad y ejecutoriedad a los documentos.¹²³ La escuela notarial fundada en Bolonia, Italia, en 1228, por Ranieri di Perugia y Rolandino Passaggeri (autor del formulario notarial *Summa Artis Notariae o Summa Ars Notariae*). Ello influyó al notariado español, porque fue reproducido en el Código de las Siete Partidas¹²⁴ de Alfonso X de Castilla, declaradas luego Derecho positivo por su hijo Alfonso el Justiciero en el Ordenamiento de Alcalá en 1348 y legislación supletoria por las Leyes de Toro en 1505. Al final de la Edad Media, casi en los inicios del Renacimiento, se robustece la actuación notarial considerándola como una función pública. Luego, a finales del s. XIX se consolida la institución notarial, producto de la Ley francesa del 16 de marzo de 1803, que influyó las leyes notariales de España y de la América española, estableciendo líneas generales del régimen notarial latinoamericano.¹²⁵

Por otra parte, en España se da una corriente precedente a la codificación civil, que orienta el origen de un sistema hipotecario orgánico, con la Ley hipotecaria del 8 de febrero de 1861.¹²⁶ Según LASARTE, esta produce una revolución normativa al regular no solamente la hipoteca sino un conjunto de problemas jurídico-inmobiliarios, mediante un sistema de Registro, determinado por la necesaria constancia *registral* (fuera o no constitutiva de la inscripción), y dotada de una *publicidad* hasta entonces

¹²³ “Al principio se simulan litigios para lograr dar carácter de de sentencia al documento. En una primera etapa, se suprime la forma de sentencia y basta que el demandado reconociera apud iudicem la pretensión del actor para que el juez dictase un breve praeceptum de solvendo, que gozaba de la misma eficacia de una sentencia. En una segunda etapa, no se necesita la demanda siendo suficiente la confesión de una parte ante el juez a requerimiento de la otra. Finalmente, a partir del siglo XII, se procede gradualmente a sustituir a los jueces por los *iudices chartularii* o jueces-notarios, aliviando el trabajo de aquellos. En una etapa posterior, los jueces cartularios se convierten en funcionarios privados, en lo cual influyen los intérpretes inspirados en el Derecho romano...” Óscar Salas, *Derecho Notarial de Centroamérica y Panamá*, (San José, Costa Rica: Editorial Costa Rica, 1973), 24-25.

¹²⁴ “Las Leyes de Partida exigen que los escribanos sean “sabidores en escreuir bien, e entendidos de la Arte de la Escriuania”, habiëndolso de dos clases: notarios “de casa del Rey” y públicos, siendo estos últimos los que “escriuen las cartas de las vendidas, e de las compras e los pleitos e las posturas que los omes ponen entre si en las Cibdades e en las Villas”. Óscar Salas, *Derecho Notarial de Centroamérica y Panamá*, 26.

¹²⁵ Enrique Giménez Arnau, *Derecho notarial Español* (Universidad de Navarra, Pamplona, 1964), citado por Óscar Salas, *Derecho Notarial de Centroamérica y Panamá*, 27.

¹²⁶ Carlos Lasarte, *Derechos reales*, (España, Madrid: Marcial Pons, 2012), 280.

desconocida. Se producen, en consecuencia la confluencia entre los derechos reales y el derecho hipotecario con la promulgación del Código Civil.¹²⁷

La dinamización de la economía, el proceso de industrialización y la gran movilidad de bienes inmuebles en el mercado impusieron, en consecuencia, la necesidad de asegurar la titulación y la seguridad en la adquisición de ellos por los nuevos propietarios. De ahí que el sistema hipotecario fue impulsado, sin duda alguna por fuerzas económicas que permitiera fortalecer el crédito inmobiliario y clarificar la situación de la propiedad.

1.- El Derecho Registral como política de Estado.

Posiblemente en ninguna Constitución Política de Centroamérica existan preceptos expresos en relación con el Derecho Registral o Notarial. Sin embargo, a partir de la configuración del Estado social y Democrático de Derecho, es posible encontrar la existencia de normas jurídicas que tutelan, en distinta forma, los regímenes jurídicos de las propiedades y otros derechos reales, sobre los cuales, sin la menor duda, se ha recibido una gran influencia internacional, a partir del carácter Universal de los derechos humanos.

Pese a tal ausencia normativa expresa, debe considerarse que sí existe un “sistema de normas”, cada vez más orgánico y complejo, orientado a regular tales disciplinas y que tienen su origen en la Constitución misma, pero que por delegación del constituyente originario el Legislador ordinario desarrolla para darle cabida armónica a cada una de las disciplinas, desarrollando los sujetos, el objeto, los institutos, los procedimientos, las sanciones y hasta el régimen de responsabilidad. Le corresponde al jurista científico construir las disciplinas, como se ha hecho desde hace más de dos siglos.

Podría decirse que la autonomía (entendida como sistema normativo orgánico), se alcanza cuando en nuestros países se logra la promulgación, por influencia europea, de leyes hipotecarias, paralelas al proceso de codificación civil - a finales del Siglo XIX- y notariales a mediados del s. XX¹²⁸.

En Costa Rica se promulgó la Ley Hipotecaria, el 31 de octubre de 1865, que establece que los títulos sobre los actos o contratos inscribibles en el Registro debían ser

¹²⁷ “Con la diferencia, eso sí, de que el sistema de derechos reales contemplado por el Código se asienta, en buena parte, en la Historia y consiguientemente por parte de su articulado tiene escasa presencia práctica en la sociedad contemporánea, mientras que, en cambio, la legislación hipotecaria ofrece una visión más actualizada y atenta al tráfico y al dinámica de los derechos reales”. Carlos Lasarte, *Derechos reales*, 280.

¹²⁸ Las primeras leyes de Notariado en Centroamérica: Ley Orgánica de Notariado No. 39 del 5 de enero de 1943 (Costa Rica), Ley de Notariado por Decreto no. 314, de 6 de diciembre de 1962 (El Salvador), Código de Notariado, Decreto No. 314 de 30 de noviembre de 1946 (Guatemala), Ley de Notariado, Decreto No. 162 de marzo de 1930 (Honduras), Ley de Notariado, Anexa al Código de Procedimiento Civil del 7 de noviembre del 1905 (Nicaragua) y en Panamá, Título I del Libro V del Código Civil de 1917.

consignados en documentos auténticos expedidos por el Gobierno o sus agentes. Tiempo después se promulgó la Ley orgánica de Notariado, el 12 de octubre de 1887, que se mantuvo vigente hasta la Ley de 1943.

La doctrina nos informa que el notariado guatemalteco es el más antiguo de Centroamérica (1543).¹²⁹ Por decretos legislativos del 10 de junio de 1825 y 27 de noviembre de 1943, se le atribuyó a la Corte Superior de Justicia realizar el examen y recibir los escribanos públicos que cumplieran los requisitos para ejercer su oficio en el Estado. Posteriormente, para suplir la escasez de escribanos públicos, se autorizó a los jueces de circuito a cartular, en 1835. La colegiatura de abogados y escribanos fue dispuesta por Decreto Legislativo No. 81 del 23 de diciembre de 1851, que encargó su organización y vigilancia a la Corte Suprema de Justicia¹³⁰.

Luego, las leyes impulsadas por el Presidente Justo Rufino Barrilos, del 7 de abril y del 21 de mayo de 1877, hicieron del notariado una carrera universitaria, asumiendo el notariado como una institución en que las leyes depositan la confianza pública para garantía, seguridad y perpetua constancia, tanto en la esfera contractual privada como en los actos oficiales. Se promulgaron sucesivos decretos para “purificar” la función notarial, hasta llegar al Decreto No. 314 de 10 de diciembre de 1946, el Código de Notariado, con el cual se consolida la “autonomía legislativa”, reconocida expresamente en el artículo 110. Luego, en 1972 se introduce la microfilmación de los actos o contratos, actas de protocolización y razones de legalización (D.L. 15-72 del 16 de marzo).-¹³¹

Pese a lo indicado anteriormente, sobre la carencia de normas a nivel Constitucional, debe indicarse que, en **Guatemala**, el artículo 230 de la Constitución Política constitucionalizó este tema al referirse al Registro General de la Propiedad: “*El Registro General de la Propiedad, deberá ser organizado a efecto de que cada departamento o región, que la ley específica determine, se establezca su propio registro de la propiedad y el respectivo catastro fiscal.*”

En los comentarios a la Constitución Política, el jurista administrativista Jorge Mario Castillo González subraya con buen tino lo siguiente:

El artículo 230 obliga a la descentralización del Registro General de la Propiedad, con el nombre dado por la Constitución, no obstante que en el 122 incisos b) se menciona otro nombre: “Registro de la Propiedad”. La constitución obliga a organizar un registro en cada departamento o en cada región, incluyendo el catastro fiscal. Por definición el catastro es la enumeración y

¹²⁹ “Ya en 1543 aparece el escribano don Juan de León cartulando en la ciudad de Santiago de Guatemala, como entonces se la llamaba”. Óscar Salas, *Derecho Notarial de Centroamérica y Panamá*, 35.

¹³⁰ “La vigilancia de la actuación notarial no fue descuidada. Ya la ley de 28 de agosto de 1832 dispuso que se visitaran los protocolos y, conforme a ella, la Corte Suprema, por acuerdo de 16 de marzo de 1852, ordenó a los jueces de primera instancia realizar tales visitas en los Departamentos donde hubiera estos oficios y hacer que los mismos escribanos remitieran al propio Tribunal, dentro de los ocho primeros días del mes de enero, un testimonio del índice de los protocolos que hubiera autorizado el año anterior. Otro acuerdo, de 18 de junio de 1861, ratificó la obligación de visita a los protocolos”. Óscar Salas, *Derecho Notarial de Centroamérica y Panamá*, 37

¹³¹ Óscar Salas, *Derecho Notarial de Centroamérica y Panamá*, 38-41

evaluación de la propiedad territorial para el reparto de los tributos. La Constitución dispone la creación del catastro fiscal a cargo de los Registradores de la Propiedad. Lo dispuesto por la Constitución, no impide que otras organizaciones realicen labores de catastro, entre ellas, la Municipalidad de Guatemala, la Oficina de control de catastro, la Oficina de control de las Reservas del Estado OCRET, el Instituto Geográfico Militar, la Dirección de Catastro y Avalúo de Bienes Inmuebles DICABI, y el Ministerio de agricultura. El único catastro fiscal, válido, previsto por la Constitución, es aquel que sea organizado por el Registro General de la Propiedad y bajo su dependencia. Por lo tanto, este Registro, con exclusividad, podrá tomar decisiones y dictar resoluciones legales relacionadas con el tema. El Registro General de la Propiedad es regulado por el Código Civil, el artículo 119, 131, 175, 352 al 368, 528 al 559, 612 al 654, 732, 822 al 910, 1124 al 1250; el Reglamento del Registro General de la Propiedad [Acuerdo Gubernativo 359-87]; el Arancel para los Registros de la Propiedad [Acuerdo Gubernativo 339-96]; el Código de Notariado y otras leyes. El Registro Catastral, creado por el Congreso como entidad independiente del Registro General de la Propiedad, podrá realizar funciones catastrales, sin fines tributarios.”¹³²

Es importante agregar que el Reglamento del Registro (Acuerdo 359-87), vino a normar el funcionamiento de este en la capital, y en la ciudad de Quetzaltenango.

2.- La Autonomía del Derecho Registral (ius conditio y ius condendum) y del Derecho Notarial. Los presupuestos básicos para sustentarla.

El Derecho notarial “...puede ser definido como el conjunto de doctrinas y de normas jurídicas que regulan la organización del notariado, la función notarial y la teoría formal del instrumento público”.¹³³ Por sus características, se relaciona tanto con el derecho público, en cuanto los notarios son depositarios de la función pública de fedación (fe pública) y con el derecho privado porque ejercen su función en la esfera de los derechos subjetivos de los particulares (mediante el ejercicio de la profesión liberal.

Por su parte, “*El conjunto de reglas atinentes a la publicidad jurídico-inmobiliaria se denomina –en España– “Derecho hipotecario o Derecho inmobiliario registral”*”.

Las definiciones anteriores podrían inducir a pensar que la disciplina se limita a actos de registro o notariales relativos, esencialmente al mercado inmobiliario. Sin embargo, la realidad histórica y actual reflejan, por el contrario, una vis expansiva cada vez mayor de estas dos disciplinas. Basta con echar un vistazo a los ordenamientos jurídicos vigentes para establecer la multiplicación de Registros Públicos (Civiles, mercantiles, inmobiliarios, agrarios, administrativos, etcétera) y particularmente, para el Derecho Registral, la gran cantidad de funciones asignadas.

Entre otros autores, luego de un extenso y profuso análisis de la normativa constitucional y legal costarricense, la Dra. Guadalupe Ortíz, presidenta del Tribunal Registral Administrativo de Costa Rica, considera que:

¹³² Jorge Mario Castillo González, *Constitución Política de la República de Guatemala, Comentada*. (Guatemala, 2015), p. 422-423.

¹³³ Enrique Giménez Arnau, *Derecho notarial Español* (Universidad de Navarra, Pamplona, 1964), citado por Óscar Salas, *Derecho Notarial de Centroamérica y Panamá*, 15.

El proceso de especialización de la materia registral patrimonial, se ha venido generando con normativa constitucional que ordena la protección del derecho de propiedad tangible e intangible; con la creación de una institución como oficina que tiene a su cargo la publicidad registral hacia terceros, con efectos jurídicos formales o materiales de los actos de registro; con la promulgación del Código Civil que contiene un capítulo independiente que regula la competencia del Registro; con normativa reglamentaria y legal, nacional e internacional, que ha contribuido al desarrollo del Derecho Registral; con principios propios que se aplican a un procedimiento para la protección de ese derecho; con la ampliación del objeto a inscribir independiente al de la propiedad inmobiliaria; con el desarrollo de jurisprudencia judicial y administrativa, con el desarrollo de doctrina existente de vieja data y desde el punto de vista académico, la individualización de la materia registral de otras existentes...

Esa relación entre objeto, principios y Registro como institución jurídica, resultan ser tres elementos primordiales para lograr esa cohesión, esa sistematización coherente y ordenada del Derecho Registral. Ello contribuye a considerar esta rama del Derecho autónoma desde la óptica de la funcionalidad que dentro del ordenamiento jurídico ejerce. La única materia cuyo acto de registro tiene efectos jurídicos de oponibilidad hacia terceros, es el Derecho Registral y desde esta perspectiva constituye una ciencia del derecho.¹³⁴

En Guatemala también se ha planteado por parte de DÍAZ SÁNCHEZ, la autonomía del Derecho Registral¹³⁵, concluyendo en los siguientes términos:

“1. El Registro Público es la institución del Estado, inspirada por el derecho registral, que mediante los mecanismos y procedimientos ordenados por la ley, tiene como fin la perpetuación y publicidad de los hechos y actos que precisan de este requisito para surtir sus efectos frente a terceros.

2. El derecho registral es la sistematización objetiva de principios, teorías y normas jurídicas, que tienen a bien uniformar la actividad de los registros públicos, con el fin de garantizar la seguridad jurídica de todos los hechos y actos sujetos a inscripción.

3. El Sistema registral es conjunción de las normas y principios del derecho registral, que relacionados entre sí, forman una institución, con propósitos u objetivos específicos, la que delimita la forma de *organización interna de los registros públicos y su concerniente jurisdicción*”.¹³⁶

Concluye el referido investigador, que la seguridad jurídica registral, más que un fin o principio, bien podría considerarse un derecho humano fundamental, cuyo ejercicio es garantizado por el propio Estado, tanto a nivel Constitucional, como legal, lo que sin duda denota una coincidencia importante con la doctrina costarricense anteriormente invocada.

3.- El sistema registral inmobiliario en Guatemala y la unificación del catastro y registro en Costa Rica.

En Guatemala aún rige el Sistema registral del folio real (Acuerdo Gubernativo 359-87), según el Reglamento del registro general de propiedad. Cada finca es individualizada por folios reales que constan de dos partes: en la primera la inscripción

¹³⁴ Guadalupe Ortiz Mora, *Derecho Registral Patrimonial* (Costa Rica, San José, Editorial Jurídica Continental, 2016), 745 y 746.

¹³⁵ Elvin Leonel Díaz Sánchez, *La autonomía del Derecho Registral en el Ordenamiento Jurídico Guatemalteco*. (Guatemala, Universidad de San Carlos, Tesis de Grado, 2009), p. 1.

¹³⁶ *Ibid*, página 119.

de derechos reales de dominio, desmembraciones, anotaciones preventivas y cancelaciones; en la segunda, se inscriben los gravámenes, anotaciones preventivas y cancelaciones. El asiento registral se realiza a través de la inscripción. Los registradores tienen el deber de calificar jurídicamente los documentos.

Toda inscripción tiene como efecto la publicidad frente a terceros. De lo que la doctrina (Nery y Rodrigo Muñoz) ha concluido que se trata de un sistema declarativo, pues los derechos nacen, se modifican, transmiten y extingue fuera del registro, pero solo surten efectos frente a terceros cuando son inscritos.¹³⁷

Por otra parte, es interesante el rol primordial que ejerce la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, al conocer de recursos de amparos (segunda instancia), en relación con las inscripciones registradas por Registradores del Registro de la Propiedad. Los estudiosos de la materia, consideran que es la vía idónea para garantizar la seguridad registral de la propiedad, frente a la pérdida de la titularidad en virtud de actos anómalos.¹³⁸

En el caso costarricense, la Ley de Registro Nacional de 1975 y sus sucesivas modificaciones, hasta llegar a la Ley No. 8710 del 10 de marzo del 2009, logró integrar bajo una sola institución los registros y dependencias, para unificar criterios, facilitar los trámites y mejorar las técnicas de inscripción. Así, conforman el Registro Nacional (artículo 2):

- a) *El registro inmobiliario*, que comprende. Propiedad inmueble, hipotecas, cédulas hipotecarias, propiedad en condominio, concesiones de zona marítimo terrestre, concesiones de Golfo de Papagayo, registro de marinas turísticas y el Catastro Nacional.
- b) *El Registro de Personas Jurídicas*, que comprende: mercantil, personas, asociaciones civiles, medios de difusión y agencias de publicidad y asociaciones deportivas.
- c) *El Registro de Bienes Muebles*, que comprende: vehículos, automotores, prendas y buques.
- d) *Los registros de la Propiedad Intelectual*, que comprende:
- e) *El Registro de la Propiedad Industrial*: patentes de invención, modelo de utilidad, dibujos y modelos industriales, marcas y signos distintivos, denominaciones de origen e indicaciones geográficas, trazados de circuitos integrados y marcas de ganado.
- f) *El Registro de Derechos de Autor y Derechos Conexos.*”

4.- La fe pública notarial y responsabilidades del Notario.

¹³⁷ Nery Muñoz y Rodrigo Muñoz. *Derecho registral inmobiliario guatemalteco*. Citado por Díaz Sánchez, op. Cit. P. 74.

¹³⁸ José Manuel Méndez Martínez, *Análisis de Tendencias Jurisprudenciales en apelación de amparo contra el Registro de la Propiedad por casos anómalos de inscripción Registral de Dominio*. (Universidad de Guatemala, Tesis de Grado, 2015), p. 5.

En el Primer Congreso de la Unión Internacional de Notariado Latino, celebrado en Buenos Aires, en 1948, se esbozaron las características principales del sistema notarial latino: *“El notario latino es el profesional del Derecho encargado de la función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin (confiriéndoles autenticidad), conservar los originales de estos y expedir copias que den fe de su contenido”*. De aquí se desprende que el notario es a la vez un profesional libre y un funcionario público, entendiéndose esto último solamente en el sentido de que desempeña una función pública y no como dependiente directo de autoridad administrativa o de otro orden. Ordinariamente el notario forma parte de un Colegio que vela por el cumplimiento de deberes, ejerce facultades disciplinarias y sirve de “órgano administrativo intermedio” entre Poderes Públicos y los notarios. Su función respecto de los actos jurídicos en que interviene, consiste en recibir e interpretar la voluntad de las partes; es decir, debe indagar y tratar de precisar con claridad qué se proponen las partes, para después, interpretando esa voluntad, expresarla con sus propias palabras, eliminando lo superfluo o intrascendente y usando modos o formas de expresión que reflejen fielmente esa voluntad que sus clientes se proponen realizar, y darle forma legal, para que se cumplan y produzcan los efectos deseados por ellos. Luego usando su fe pública le corresponde impartir autenticidad a los hechos o actos jurídicos ocurridos en su presencia.”¹³⁹

Curiosamente, fue también en el Primer Congreso de Derecho Registral, celebrado en Buenos Aires en 1972, donde se firma la “Carta de Buenos Aires”, se reconoce la independencia del Derecho Registral sobre tres ejes: a) La seguridad jurídica y la publicidad inmobiliaria, b) las técnicas de registración y) La creación del Congreso Internacional de Derecho Registral. En la declaración se indica que el Derecho registral integra un sistema jurídico con normas y principios propios, de derecho público y privado, que coexisten y funcionan armónicamente, constituyendo una disciplina independiente.¹⁴⁰

El Tribunal Registral Administrativo ha sentado precedente importantes sobre la fe pública del notariado:

El artículo 30 del Código Notarial refiere a la competencia material de la función notarial, y establece que el notario goza de fe pública. El artículo 31 siguiente define esa fe pública al indicar: El notario tiene fe pública cuando deja constancia de un hecho, suceso, situación, acto o contrato jurídico cuya finalidad sea asegurar o hacer constar derechos y obligaciones, dentro de los límites que la ley le señala para sus atribuciones y con observación de los requisitos de ley. En virtud de la fe pública, se presumen ciertas las manifestaciones del notario que consten en los instrumentos y demás documentos autorizados por él.

La Doctora Guadalupe Ortíz Mora, en su obra Derecho Registral Patrimonial, comenta sobre la fe pública del notario: El Estado costarricense le ha delegado al notario público esta dación de fe, que hace que lo otorgado ante este profesional sea considerado cierto. Esta dación

¹³⁹Oscar Salas, *Derecho Notarial de Centroamérica y Panamá*, 60-61.

¹⁴⁰Eduardo Caicedo Escobar, *Derecho inmobiliario Registral* (Colombia: Editorial Temis, 2001), citado por Guadalupe Ortiz, *Derecho Registral Patrimonial*, op.cit., 90.

de certeza da seguridad jurídica en el tanto, que aquello que fue rogado al notario y que cumplió con las diversas etapas del procedimiento notarial, en cuanto a la asesoría, legitimación y autenticidad, es válido y eficaz. De este modo, el Estado juega un papel fundamental en lo que respecta a la fe pública, al punto que la doctrina reconoce que la fe pública es un atributo que el Estado ha delegado, con el fin de dar seguridad y certeza a sus propios actos jurídicos que se realizan entre particulares, o entre estos y la administración. Por ello, la fe pública encuentra su campo de acción no solo en los actos del poder público, sino en el ámbito privado. Conforme a lo anterior, se puede indicar que la fe pública implica seguridad, ya que constituye una garantía, de que los hechos o actos jurídicos que se realizan bajo su amparo, tienen un efecto de verdad. (Guadalupe Ortiz Mora, Derecho Registral Patrimonial. Editorial Jurídica Continental, San José, 2016, página 432)...

El Registro opera por rogación, y conforme al artículo 27 de la Ley sobre Inscripción de Documentos en el Registro Público, se debe inscribir el acto constituido en el documento que ingresa a la corriente registral, y solo se puede suspender o cancelar el acto de registro cuando observe defectos subsanables o insubsanables que sirvan de fundamento para tomar esa decisión, artículo 37 del Reglamento del Registro Público, decreto ejecutivo 26771-J, de aplicación conforme al artículo 43 del Reglamento de Organización del Registro Inmobiliario, decreto ejecutivo 35509-J. La dación de fe de los notarios se tiene por cierta, y el registrador en acatamiento del principio de legalidad que lo rige, inscribe el documento, siendo que la calificación registral supone un marco de acción dentro del cual puede y debe actuar el Registrador, partiendo de una documentación autentica de la cual se presume una plena validez y eficacia de su contenido, donde la actividad notarial desplegada frente a la inmediatez de las partes, ha participado asesorando para que el contenido del documento este acorde con la manifestación de la voluntad de los comparecientes y adecuándose al ordenamiento jurídico para que los actos que se incorporen al documento puedan ser plenamente válidos por su adecuación a derecho y eficaces respecto de la plena ejecución de lo querido por las partes. Todo al ámbito extraregistral está jurídicamente cubierto por el notario y su asesoría profesional, para que cuando por medio de la presentación del testimonio de escritura al registro se realice la rogación de inscripción del mismo, el registrador tenga como marco de acción el contenido de ese instrumento público, el cual confrontará con el contenido de la publicidad registral, la cual será modificada por la rogación que se presenta en la forma de un testimonio de escritura notarial.¹⁴¹

Sobre la responsabilidad del notario, la Jurisprudencia Costarricense de la Sala Primera de Casación, ha establecido que éste no puede suplir la falta de los registradores:

"V. Respecto a lo alegado en torno a la inobservancia o descuido en las funciones de la profesional ante la que se otorgó la escritura cuya inscripción no fue completada, debe señalarse que conforme a lo dispuesto por el artículo 608 del Código Procesal Civil, aplicable a la materia por remisión del numeral 220 del Código Procesal Contencioso Administrativo, el punto, por novedoso, en tanto no fue alegado en la instancia precedente, no podría abordarse en esta sede, toda vez que no existe pronunciamiento previo respecto a ese extremo. En todo caso, a mayor abundamiento de razones, y contrario a lo alegado, estima la Sala que lo acontecido no tuvo lugar, en modo alguno, por inobservancia o descuido alguno de las funciones propias de la profesional ante la que se otorgó el instrumento público cuya inscripción no fue completada por el Registro. Si bien como notaria pública a ella correspondía realizar las diligencias necesarias para que se inscribieran los documentos que autorizó (artículo 38 inciso h) del Código Notarial), es labor del Registro Público la "registración" de las modificaciones acontecidas en los derechos sobre la propiedad inmueble (precepto 1 del Reglamento del Registro Público no.

¹⁴¹ Tribunal Registral Administrativo de Costa Rica, Voto 0382-2017, de las 13:30 horas del 10 de agosto del 2017.

26771-J) y de los registradores en particular, “*la calificación e inscripción de los documentos sometidos a su estudio, lo cual harán por los medios de que dispongan en coordinación con la Dirección, con la obligación de brindar un eficiente servicio.*” (numeral 9 *ibídem*). Suponer, como pretende, que los notarios estén obligados a detectar los errores registrales como elemento sin el cual queda exonerado el Registro de sus propios yerros, desconoce el principio de eficiencia que debe resguardar el desempeño de todo servicio público (regla 269.1 de la Ley General de la Administración Pública), así como las obligaciones puntuales de los registradores. Por otra parte, el pago con subrogación que alega es una figura que dista de lo acontecido en el sub-lite, pues no encaja dentro de ninguno de los supuestos de subrogación legal (artículo 790 del Código Civil), ni consta que se cumplieran los requisitos de la voluntaria (precepto 786 *ibídem*), según se verá en el considerando VI. Finalmente lleva razón en lo adecuado y oportuno que resultó el que se inmovilizara la propiedad a la luz de lo acontecido, sin embargo, eso no subsana el error que en forma previa se había cometido y que produjo el desconocimiento temporal del derecho de propiedad del actor. Así las cosas, por las razones señaladas, sus censuras deben desestimarse...” (Sala Primera de Casación, No. 1444-2011)¹⁴².

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala, al referirse a la función de los notarios en su ejercicio liberal de la profesión, ha indicado lo siguiente:

Respecto al ejercicio liberal de la profesión, este ocurre en los casos en que dicho profesional es requerido por los interesados para autorizar o dar fe de los actos o contratos celebrados por particulares, dando certeza jurídica a todas aquellas declaraciones que se formalizan ante sus oficios, sea dentro o fuera de la república, siempre que los mismos surtan efecto en el país, actividad que se encuentra regulada básicamente en el Código de Notariado y en la ley del Organismo Judicial.¹⁴³

El Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala y sus reformas, contiene como obligaciones notariales: a) Dar aviso notarial del depósito del protocolo en otro notario hábil, por ausencia de un notario en el país por un plazo menor de un año –artículo 27-; avisos de cancelación de instrumentos públicos y de autorización y cancelación de aquellos en un trimestre de un año calendario – artículos 37, incisos a y b-; avisos de enajenación, donación, unificación y desmembración de inmuebles, en un plazo de quince días contados a partir de la fecha de autorización de la escritura pública –artículo 38-; aviso notario al Registro General de la propiedad, de autorización de testamento –artículo 45-; aviso notarial de modificación de instrumentos públicos – artículo 81, inciso 9); aviso notarial de pérdida, destrucción o deterioro del protocolo –artículo 90-, entre otras, cuyas faltas son sancionadas por incumplimiento de deberes notariales, generalmente con multas.

5.- La publicidad jurídica y las realidades extrarregistrales en la jurisprudencia costarricense.

¹⁴² Sala Primera de la Corte Suprema de Costa Rica, *Voto 1444* (Costa Rica, a las 9:45 horas, 24 de noviembre, 2011).

¹⁴³ Corte de Constitucionalidad. Expediente 1805-2018 (Guatemala, Sentencia del 7 de agosto del dos mil dieciocho), p. 8 y 9.

La Sala Primera de Casación de Costa Rica, en la sentencia 830-2013, a propósito de una solicitud de un exhorto del Instituto de Desarrollo Agrario (hoy Instituto de Desarrollo Rural) señaló:

“VII.- Previo a ingresar al análisis del segundo reproche, conviene precisar los alcances del principio de publicidad registral. Al respecto esta Sala ha establecido: “...*el legislador se decantó por tutelar la apariencia jurídica de legitimidad que se crea para la comunidad jurídica a partir de la publicidad registral, con el fin de que la inscripción de los derechos provoque, salvo circunstancias excepcionales, -verbigracia lo establecido en el cardinal 457 ibídem- seguridad jurídica en el tráfico de bienes, en tanto existe -por regla de principio- inoponibilidad de lo no inscrito frente a los terceros. Ahora bien, es menester destacar que esta inclinación hacia la tutela del tercer adquirente de buena fe no mengua, sin embargo, el derecho del titular original de reclamar judicialmente, si a bien lo tuviere, la responsabilidad del agente al que atribuye el despojo.*” (Resolución 111-2010 de las 14 horas 30 minutos del 21 de enero de 2010)

VIII.-... Así, a pesar de que hubiese sido acordada en tiempo por el IDA, la solicitud de nulidad y reversión fue presentada por el Instituto codemandado en forma tardía. Por ello, carecía de las condiciones necesarias para ser opuesta al título de la sociedad adquirente Molaretto S.A., la cual compró de buena fe y al amparo registral, con fundamento en el principio de publicidad reiterado por esta Sala, que enarbola la “... *inoponibilidad de lo no inscrito frente a los terceros*”. (Resolución no. 1672-2012 de las 8 horas 40 minutos del 13 de diciembre de 2012) De tal suerte, procede acoger el cargo por interpretación indebida del numeral 7 de la Ley del IDA y del mandato 450 del Código Civil, por cuanto, la naturaleza ejecutoria de los exhortos del IDA, además de carecer de los elementos de la escritura pública, no es oponible a los títulos válidamente inscritos con anterioridad al amparo del Registro. Igualmente, por desaplicación de los preceptos 1, 7 y 8 de la LIDRP en tanto la actuación del funcionario registral, atenta contra los principios de publicidad y seguridad jurídica consagrados en dichas disposiciones, toda vez que solo puede constituir derechos en el Registro, quien lo tenga inscrito o lo haya adquirido en el instrumento de su constitución (artículo 7), y no podrán inscribirse documentos que estuvieren en contradicción con otro que haya sido presentado previamente (canon 8 de la LIDRP). Existe además una obligación del órgano público de referencia, en cuanto a calificar cada documento que con esa finalidad le es presentado, lo anterior con apego a lo dispuesto por los cardinales 34, 35, 54, 66 del Reglamento del Registro Público no. 26771-J, que en esa línea establecen el deber de examinar y calificar previamente los documentos registrales, lo anterior conforme al principio de prioridad registral y sin que tal inscripción pueda convalidar los actos o contratos nulos. Finalmente, también se lesionan los cánones 51 y 53 del Reglamento de Organización del Registro Público de la Propiedad Inmueble no. 26883, los cuales sujetan la inscripción de documentos al principio del tracto sucesivo, razón por la cual, no podía inscribirse un documento de traspaso en el cual aparecía como titular una persona diferente a la que constaba en el asiento correspondiente...”. XIII. Al respecto, estima esta Sala, conforme a los considerandos VII y VIII, de esta sentencia, resulta claro, al presentarse el exhorto al diario del Registro, Molaretto había adquirido el bien de buena fe y al amparo registral. Asimismo se acreditó que el traspaso realizado por la señora Huertas Carvajal tuvo lugar el 30 de julio de 2009, cuando se encontraban vencidas las limitaciones impuestas sobre la propiedad de examen. De tal suerte, al 28 de agosto de ese año, el exhorto dirigido al Registro a efecto de anular y revertir la inscripción del derecho existente sobre la propiedad de Alajuela matrícula no. 231998, no podía ser inscrito por el funcionario registral. En esa línea, no es de recibo la tesis expuesta tanto por el Estado como del propio Registro Nacional, en cuanto a que sus actuaciones se limitaron a ejercer la función registral, pues es evidente, a la fecha de presentación, el exhorto no podía inscribirse. Tal posición fue en su caso reiterada por el señor Rodolfo Calderón. De tal forma, se evidencia que ni las actuaciones del IDA, ni las del Registro se ajustaron como se alega al principio de legalidad, toda vez el primero se atrasó en sus prestaciones y el Registro inscribió el documento,

en forma ilegítima, quebrantando los principios de publicidad, seguridad, calificación previa y tracto sucesivo.¹⁴⁴

6.- Fiscalización en sede administrativa: responsabilidad de la Junta Administradora del Registro Público (persona jurídica instrumental) según la jurisprudencia costarricense.

Sobre la Junta Administradora de nuestro Registro Público, ha indicado la jurisdicción contencioso-administrativa, a propósito de su responsabilidad, que al tener personalidad jurídica instrumental, debe formar parte de los procesos de responsabilidad contra el Estado. Al respecto señaló:

“V. Sobre la naturaleza jurídica de la Junta Administrativa del Registro Nacional.

En varias oportunidades, el legislador ha optado por la creación de órganos dentro de los entes u órganos del Estado, con el objetivo de ejercer funciones técnicas y especializadas, optimizando de este modo la eficiencia en la función administrativa. La técnica por excelencia es la desconcentración, mediante la cual se distribuyen ciertas competencias (al inferior) en el ámbito interno de un mismo ente público. De hecho, la desconcentración consiste en una transferencia interorgánica de competencias en virtud de la cual se debilita (no extingue) la relación jerárquica a que está sujeto el órgano desconcentrado, en mayor o menor grado, según sea máxima o mínima. En virtud de ésta, se le otorga una mayor independencia en el desarrollo de las competencias desconcentradas, la cual es de tipo funcional, no orgánica, siendo que el órgano desconcentrado sigue formando parte de la estructura administrativa de la organización principal o matriz. De lo anterior se sigue, como consecuencia, que el régimen jurídico regulado en el cardinal 83 de la LGAP aplica, únicamente, en cuanto a la específica competencia desconcentrada. Ahora bien, en lo que atañe al contenido de la relación de jerarquía, es importante destacar que los límites impuestos al superior se encuentran definidos, en forma expresa, según el grado otorgado. En el caso de la mínima, este se ve impedido de avocar competencias del inferior y de revisar o sustituir la conducta de este, mientras que en la máxima, además, se ve imposibilitado para dar órdenes, instrucciones o circulares. En este sentido, el órgano desconcentrado sigue formando parte de la estructura administrativa del ente (u órgano en caso de que sea Administración Central) al cual está adscrito (sobre el tema se puede consultar la resolución de esta Sala no. 000633-F-S1-2011 de las 8 horas 30 minutos del 1 de junio de 2011). Ahora, también es conocido que, en algunas otras ocasiones, el legislador dota al órgano desconcentrado de “personalidad jurídica instrumental”, entendida, por regla general, a aspectos presupuestarios. En ella, no se convierte al órgano en una persona jurídica distinta del ente al que pertenece, como sí sucede con la descentralización, pero sí se le dota de la capacidad de gestionar ciertos fondos, en forma independiente del presupuesto central del ente u órgano del cual forma parte. Atribuirle personalidad jurídica a un ente, es crear un centro autónomo de imputación de derechos y obligaciones (persona). En virtud de la personalidad, goza de un patrimonio propio, independientemente de su constitución e integración, lo cual implica autonomía patrimonial y por ende, autonomía de gestión. Así, el órgano podrá realizar todos los actos, contratos y negocios necesarios que impliquen la gestión de dicho patrimonio. Por regla general, se trata de una desconcentración de funciones ligada a una personificación instrumental, pero incluso, podría ser que en algunos supuestos no exista incluso desconcentración funcional, o en caso de presentarse, esta es en grado mínimo. La Sala Constitucional a partir del fallo no. 6240-93 de las 14 horas del 26 de noviembre de 1993, estableció que lo correcto es referirse a

¹⁴⁴ Sala Primera de la Corte Suprema de Costa Rica, *Voto 830-2013* (Costa Rica, a las 10:00 horas, 4 de julio, 2013).

"personalidad instrumental", pues si el legislador opta por desconcentrar un órgano de una Cartera de Gobierno, no puede dotarlo de personalidad jurídica propia e independiente de ésta, en los términos de administración descentralizada, en tanto el titular de la Cartera integra con el Presidente de la República, el órgano constitucional "Poder Ejecutivo" que es su jerarca necesario. Salvo que el legislador opte por crear una verdadera institución descentralizada u autónoma, la cual, en todo caso, requeriría para su creación una ley aprobada por votación no menor de dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa (artículo 189 Constitución Política), en razón, precisamente, de que su creación implica el desplazamiento de competencias que constitucionalmente corresponden al Poder Ejecutivo como jerarca de la Administración Central. En suma, el término "instrumental" referente a la personalidad, significa que es una "imagen" del órgano, limitada al manejo de determinados fondos (establecidos por ley), que permiten la realización de ciertos actos y contratos con cargo a esos recursos, pero que no comporta una descentralización funcional plena o verdadera. En el sub exámine, el cardinal 3 de la Ley de Creación del Registro Nacional, establece no solo que la Junta es la cabeza del Registro Nacional, sino también, que tendrá personalidad jurídica para el cumplimiento de los fines de esa misma norma. Establece el precepto citado lo siguiente: "*El Registro Nacional estará dirigido por una Junta Administrativa, que tendrá personalidad jurídica para el cumplimiento de los fines de esta ley...*". Se desprende de lo anterior, que el legislador le otorgó a un órgano desconcentrado de la Administración Central, como lo es la Junta, capacidad contractual, así como autonomía financiera y presupuestaria, para facilitarle el cumplimiento de sus fines, dotándolo además de personalidad jurídica propia; es decir, ese órgano se manifiesta como un centro autónomo de derechos y obligaciones (órgano-persona), aunque en un ámbito restrictivo y no pleno, porque se limita a la administración del Registro Nacional, de sus recursos públicos y sus presupuestos dentro del marco de la Ley 5695. De lo anterior se concluye que, la Junta es un órgano persona de la Administración Central, que tiene como función principal, dirigir el Registro Nacional, el cual es una dependencia del Ministerio de Justicia. El legislador le otorgó una serie de potestades, equivalentes a una "autonomía administrativa casi plena", pues comporta el otorgamiento de una personalidad jurídica, pero siempre bajo la cobertura del Ministerio al cual pertenece el Registro Nacional... **VII.** En el sub júdice, los juzgadores estimaron que tanto la Junta como el Estado eran responsables por el daño moral objetivo causado a la empresa actora, en virtud de la tardanza en tramitar la investigación y levantamiento de la nota de advertencia consignada en su propiedad. Previo a cualquier análisis sobre el particular, debe indicarse que en los últimos años, esta Sala ha estimado que la personalidad jurídica otorgada a la Junta Administrativa del Registro Nacional, no lo era en materia registral, sino administrativa; en concreto, respecto a la administración del Registro Nacional. Bajo ese contexto, se ha considerado que si el objeto de un proceso era de naturaleza registral y no administrativa, la Junta no se encontraba legitimada pasivamente, pues, la personería jurídica a ella conferida, se repite, era solo para aspectos administrativos, no registrales. Se afirmó que como el Registro Nacional es un órgano dependiente del Ministerio de Justicia y Paz, tratándose de materia registral, su representación recaía en el titular de esa cartera; consecuentemente, en esos supuestos, el único legitimado en la causa para comparecer pasivamente y por ende responsable de la conducta era el Estado. Sin embargo, a la luz de las consideraciones expuestas en esta resolución, y por las razones que se dirán, esta Cámara procederá a realizar un cambio de criterio respecto de la legitimación de la Junta. Primero, se reitera, cuando un órgano dispone de personalidad jurídica instrumental y se determina que la conducta administrativa objeto de impugnación proviene del ejercicio de aquella competencia sobre la cual se le otorgó personalidad propia (aunque sea instrumental), resulta impropio extender la imputación de responsabilidad al ente público u órgano al cual forma parte. Este es el caso de la Junta, puesto que al tener un patrimonio independiente, ha de responder por los daños y perjuicios que le cause a los administrados en el ejercicio de las competencias para la cual se le otorgó personalidad jurídica, en virtud de que para ello dispone de un patrimonio propio y en teoría, suficiente, para hacerle frente a sus responsabilidades. En este sentido, como se indicó, la responsabilidad del denominado "órgano con personalidad instrumental", dadas sus particularidades, debe ser

asimilada a la de un ente descentralizado, pues fue dotado de un patrimonio independiente y sobre el cual debe recaer la obligación de indemnizar, máxime si es en ejercicio de sus funciones que se produce el menoscabo patrimonial que se reclame. Ello dice, que la Junta dispone de personalidad jurídica para el cumplimiento de los fines que le señale su Ley de Creación (numerales 1 y 3 Ley 5695), y ella, como cabeza del Registro Nacional, se encuentra en la capacidad de responder por los daños que se le cause a los administrados en la tramitación de documentos en el Registro. En segundo lugar, tal y como lo expone la representación del Estado, todo lo dicho se ratifica con la simple lectura del ordinal 22 *ibídem*, donde el legislador de forma diáfana dispuso lo siguiente: “La Junta Administrativa del Registro Nacional *deberá indemnizar a los usuarios por cualquier perjuicio que el Registro Nacional les cause en la tramitación de documentos. Para ello, efectuará los trámites pertinentes, a fin de adquirir una póliza de fidelidad, individual o colectiva, expedida por una institución aseguradora autorizada por la ley*” (lo resaltado es de esta Sala). No otra cosa se puede entender de la norma, más que el deber de reparación patrimonial que existe a cargo de la Junta, por cualquier lesión que se le cause a los usuarios y terceros en virtud de la tramitación de documentos en el Registro Nacional. Esto tiene sentido, si se considera que para ello, se le dotó de personalidad jurídica suficiente para ser centro último y único de imputación de los efectos de sus actuaciones u omisiones (numeral 3 de la Ley 5695). De manera tal, que existe indebida aplicación del artículo 22 *ibídem* por parte del Tribunal, puesto que la norma en comentario, de forma clara, excluye de responsabilidad a cualquier otro ente u órgano distinto de la Junta. En el presente asunto, fue en la tramitación de un documento, que de oficio el Registro anotó la medida de advertencia y realizó el procedimiento de investigación, por lo que al tenor del cardinal 22 *ibídem*, era la Junta la legitimada pasiva para responder por los eventuales daños y perjuicios, en caso de demostrarse su existencia. Por estas dos razones, esta Cámara concluye que la Junta, en su carácter de órgano persona, es la encargada de indemnizar a los administrados por aquellos daños y perjuicios que el Registro les ocasione con su actuación, y no el Estado como se ha venido sosteniendo. Ergo, lleva razón el casacionista en su reparo, puesto que la Junta, no solo dispone de patrimonio para hacerle frente a las eventuales responsabilidades por sus omisiones, sino que también, existe norma expresa que le atribuye aquella responsabilidad de forma exclusiva (cardinal 22 de la Ley 5695). Lleva razón además, cuando indica que el inciso 2) del canon 12 del CPCA regula otro supuesto diferente al que aquí se ha discutido, ya que en efecto, en él se establece la “*legitimatío ad procesum*” tanto del órgano persona como del Estado. No obstante, como se indicó, ello no significa que actúan con la misma representación judicial y menos aún que son responsables solidarios o subsidiarios por la conducta cuestionada, pues para ello, habrá que determinar si fue en el ejercicio de sus competencias, que la Junta como cabeza del Registro Nacional, ocasionó los daños y perjuicios reclamados. En caso afirmativo, solo ella es responsable patrimonialmente frente al usuario y los administrados. En el presente proceso, tanto el Estado como la Junta han comparecido en forma independiente (artículos 16 y 17 *ibídem*) y es en virtud de las características de la segunda, así como de lo dispuesto en el mandato 22 de la Ley 5695, que esta debe hacerle frente a los menoscabos que haya causado a los usuarios o terceros en el trámite de documentos en el Registro Nacional. Así las cosas, el agravio del Estado habrá de ser acogido, dada la falta de legitimación pasiva en la causa que dispone en este proceso, pues la única responsable sería la Junta.¹⁴⁵

¹⁴⁵ Sala Primera de la Corte Suprema de Costa Rica, *Voto 515-2014* (Costa Rica, a las 08:55 horas, del 10 de abril del 2014).

Pese a lo anterior, en resoluciones posteriores, la Sala Primera de Casación, ha determinado que en esos casos de responsabilidad, no solo es responsable el órgano con personalidad jurídica instrumental, sino también, subsidiariamente el mismo Estado.¹⁴⁶

7.- Algunos criterios jurisprudenciales, en torno a los criterios registrales y la fe pública registral, en las decisiones de casos concretos.

El criterio legal y jurisprudencial frente a conflictos entre derechos reales y personales, ha sido el siguiente:

“...**IV.-** En cuanto al recurso del actor, el mismo resulta improcedente por el fondo. El artículo 455 resuelve la prevalencia de los derechos personales sobre los reales, cuando la escritura se presenta tres meses después de su otorgamiento. Solo en el caso de que el adquirente demande en vía ordinaria, dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la presentación de la escritura, para demostrar que su derecho es cierto y no simulado, podrá hacer prevalecer su derecho real. Ello se deriva de los principios de seguridad jurídica y publicidad registral. Al respecto la Sala Constitucional refiriéndose a esa norma indicó: "...Lo cierto es que la norma discutida, establece un supuesto jurídico compuesto por tres condiciones que deben cumplirse, a saber. i) que la escritura se presente después de tres meses de otorgada; ii) que existan anotaciones o embargos por créditos personales que hayan sido presentados entre la fecha de otorgamiento y la presentación del documento, y iii) que no se haya presentado el juicio ordinario contra los anotantes, dentro de los tres meses siguientes a la presentación de la escritura. Ocurredas estas tres condiciones, el artículo cuestionado señala una consecuencia jurídica cual es la caducidad del derecho de prelación sobre las anotaciones o embargos por crédito personal, lo cual significa que el bien permanecerá embargado a expensas de lo que resulte en la ejecución que dio lugar a las anotaciones...La norma impugnada no pretende disponer y menos aún disponer sobre a quién ha de pertenecer el inmueble, ni cuando se aplica la norma por un juez de la República se pretende resolver tal cuestión sobre el dominio. No es cierto entonces que el derecho de propiedad está en juego, como tampoco lo es que la no presentación en tiempo se sancione con la confiscación o pérdida total de la propiedad, sin indemnización. El derecho de propiedad queda completamente intacto al amparo de los documentos y el propio ordenamiento jurídico que establece las formas de perder el dominio, por lo que debe desecharse la lesión directa al derecho de propiedad que alega el recurrente...", más adelante agrega la misma Sala: "También, debe señalarse que no existe en el artículo 455 del Código Civil, ninguna infracción a los artículos 11, 30, 40 y 45 del Código Civil, porque no se regula en esa disposición nada que menoscabe el derecho de propiedad en contra de la forma en que lo protegen dichas normas constitucionales, sino que se regula un régimen de cargas y gravámenes sobre bienes, que a juicio de la Sala es justo y proporcionado al fin que persigue, cual es proteger por un lado la seguridad del tráfico mercantil tanto en lo que se refiere a la venta de propiedades como a las obligaciones personales" (Sala constitucional, N° 2809-96 de las 15:06 horas del 11 de junio de 1996). Por lo expuesto, no resulta válido el argumento de la parte actora, en el sentido de que se le priva de su derecho de propiedad, pues lo que se está declarando es la caducidad de su derecho. Por otra parte, lo dispuesto en el artículo 480 del Código Civil, debe entenderse e interpretarse de una manera sistemática, ya que tratándose de bienes inscribibles, el artículo 455 exige su inscripción a fin de perjudicar a terceros, pero no respecto de las prestaciones nacidas bajo el contrato, al cual quedan vinculadas tanto el vendedor como el comprador (al respecto véase el fallo de la Sala Primera de Casación N° 78 de las 15:35

¹⁴⁶ Sala Primera de la Corte Suprema de Costa Rica, *Voto 293-F-S1-2016* (Costa Rica, a las 09:45 horas, 7 de abril de 2016). En el mismo sentido, *Voto 166-2018* (Costa Rica, a las 14:29 horas, del 01 de marzo del 2018).

horas del 12 de julio de 1995). En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Agrario, en la Sentencia No. 661-07.

Por otra parte, la Sala Constitucional ha vertido criterio sobre los alcances de la nulidad en materia civil o penal, de los bienes adquiridos al amparo de la publicidad registral:

“V.-Violación al derecho de propiedad. Los accionantes aducen que la jurisprudencia cuya nulidad solicitan, infringe el derecho de propiedad privada contenido en los artículos 45 de la Constitución Política y 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, al ordenar la restitución del inmueble a la víctima del despojo por falsedad documental, pese a la existencia de terceros adquirentes de buena fe. Para fundamentar tal aseveración confrontan lo establecido por la Sala Tercera de la Corte en sus sentencias con lo resuelto por la Sala Primera de la Corte. Según dicen, esta última adopta la tesis de la defensa de los intereses del tercero de buena fe, que adquiere un inmueble de quien, conforme al Registro es su propietario, con base en una determinada interpretación del artículo 456 del Código Civil; sin que para ello importe que se haya cometido un delito o no. Al respecto, debe decirse que no corresponde a esta Jurisdicción establecer cuál ha de ser la interpretación adecuada de la normativa legal ni tampoco tomar partido a favor de una u otra posición. Lo que sí le corresponde hacer es, conforme a lo planteado por el accionante, establecer si esa jurisprudencia infringe de algún modo el derecho de propiedad, según su garantía constitucional. Una vez realizado ese ejercicio se constata que los pronunciamientos de la Sala Tercera de la Corte no lesionan el derecho de propiedad, sino que más bien, lo afirman, pues, se restituye el bien al propietario original, que fue despojado en virtud de la comisión de un delito. Si bien es cierto, para ello, se suprime la inscripción registral de terceros adquirentes, que eventualmente, lo fueron de buena fe; ello es así en virtud de la comprobación de que el contrato que dio origen a ese traspaso, está precedido de un acto delictivo de falsedad documental donde no existe voluntad alguna del transmitente. Conforme lo señala la Sala Tercera, el tercero tiene la posibilidad de accionar contra quien le transmitió el dominio, en reclamo de los daños y perjuicios ocasionados y demás indemnizaciones que correspondieran; ya sea dentro del mismo proceso penal mediante una acción civil resarcitoria, cuando el vendedor e imputado de la causa sean la misma persona o en la jurisdicción civil, mediante los procedimientos que correspondan; con lo cual se está afirmando la tutela al derecho de propiedad. No se da entonces, ninguna violación a ese derecho. Se trata de normativa diversa, según sea de la esfera del derecho civil o del ámbito represivo, donde las soluciones brindadas por el legislador, difieren, dependiendo de si se está frente a la comisión de un delito o no, lo cual no significa en modo alguno, que se desconozca o ignore el derecho que le corresponde a cada uno de los intervinientes (tercero adquirente de buena fe o propietario original). El legislador tiene libertad para –dentro de los parámetros fijados en la Constitución- fijar la forma de proteger los bienes jurídicos que ella reconoce; en el caso de la propiedad, bien puede, conforme lo hizo en el caso penal, dar prevalencia al propietario inicial, sea a quien teniendo legítimamente en su poder el bien, se ve despojado de él, mediante prácticas ilegítimas. Tan propietario es, frente al ordenamiento jurídico, quien registralmente aparecía como tal, y sin su intervención sino sustituido por un tercero que actúa delictivamente deja de aparecer registralmente como tal, como quien registralmente aparece adquiriendo el bien, de buena fe, de un propietario que de alguna forma –aunque sea remotamente- se vincula con quien hizo delictivamente la alteración de aquél propietario. Sin embargo ambos no pueden ejercer los atributos de la propiedad sobre el bien, simultáneamente, el hecho de que interpretando las normas que regulan el caso, se de prioridad a uno sobre el otro, ello no conlleva una infracción constitucional, si tal proceder se logra, siguiendo el proceso debido y posibilitando al despojado su acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva (artículos 39 y 41 constitucionales). Conviene agregar que la sentencia 3992-96 de las ocho horas treinta y seis minutos del nueve de agosto de

mil novecientos noventa y seis de la Sala Constitucional, a la que hacen alusión los accionantes, lo que señala es que “... *la facultad especial que el artículo 102 del Código de Procedimientos Penales le otorga al Juez, para devolver la cosa objeto del hecho punible o restablecerla al estado que tenía antes del hecho, no puede aplicarse como medida cautelar...*” . No hace referencia alguna a que sea inconstitucional que mediante sentencia se ordene la restitución del bien sustraído, al amparo de la normativa legal existente. VI.-Violación al principio de seguridad jurídica. A juicio de los accionantes, la jurisprudencia impugnada viola el principio de seguridad jurídica y sus derivados, publicidad y fe pública registral. Ello por cuanto, el tercero adquirente de buena fe, se basó en la información registral existente para efectuar el contrato. No puede en modo alguno afirmarse que la jurisprudencia de la Sala Tercera vulnere el principio de seguridad jurídica, pues al optar por devolver o restituir el bien a su propietario original, lo que se hace es también tutelar dicho principio: quien fue ilícitamente despojado de su propiedad obtiene el derecho de ser restituido de la misma. La seguridad jurídica y el derecho a la propiedad privada presupone la certeza de los propietarios de inmuebles –cuyo título también se encuentra inscrito en el Registro- de que no van a ser despojados delictivamente de su propiedad y de que si lo son, pueden acudir a la Jurisdicción, ya sea, civil o penal, en defensa de sus derechos. Efectivamente, los derechos del tercero adquirente de buena fe resultan lesionados con la restitución del bien al propietario original; sin embargo, esa lesión viene dada como consecuencia de un acto delictivo que prioritariamente debe ser sancionado por razones de orden público, sanción a la que el legislador le confirió determinados efectos. Conforme se indicó, al tercero adquirente de buena fe, le queda abierta la posibilidad de acudir en resguardo o reparación de los daños a la vía judicial correspondiente. VII.-Violación al principio de igualdad constitucional. Considera el accionante que el criterio jurisprudencial es claramente discriminador, pues parte del presupuesto de que la víctima merece protección y desestima el título válido inscrito en el Registro Público del tercero de buena fe sin que se realice un juicio legal para dilucidar los casos de conflicto entre títulos igualmente válidos. El razonamiento que realiza el accionante es incorrecto. Para que pueda hablarse de una violación al principio de igualdad constitucional es necesario que se esté frente a dos personas o situaciones idénticas a las cuales se les otorgue un trato desigual sin justificación razonable alguna: “El principio de igualdad tal y como lo ha sido entendido por el Derecho Constitucional, hace que todos los hombres deban ser tratados igualmente por el Estado en cuanto a lo que es esencialmente igual en todos ellos, esto es, en los llamados derechos fundamentales que están contemplados en nuestra Constitución, que son el corolario de la dignidad humana. En cambio deben ser tratados desigualmente en todo aquello que se vea substancialmente afectado por las diferencias que naturales median entre los ciudadanos. (Sentencia número 07182-94. En igual sentido, las sentencias números 01474-93, 03910, 05972 y 06097 todas de mil novecientos noventa y cuatro.) En este caso, no se da ninguna relación de igualdad entre la víctima de un delito de falsedad documental que ha sido despojada de su propiedad con la del tercero que adquirió de buena fe. Son situaciones completamente disímiles que no deben ni pueden ser tratadas de igual forma y por ende es imposible que se produzca lesión alguna al principio de igualdad. En el caso del propietario original, su título es válido, pero; en el caso del tercero adquirente su título resulta inválido o inexistente (dependiendo de la doctrina que se siga) por estar relacionado en su origen con una falsedad, donde no existe del todo la voluntad del propietario de traspasar el bien. Por lo tanto, no se produce ninguna violación al principio de igualdad constitucional que deba declararse. VIII.-Violación al principio de razonabilidad. Por último, sostienen los accionantes que la jurisprudencia impugnada al señalar que el acto es tan grosero que ni siquiera calza en los supuestos de nulidad, confunde los conceptos jurídicos de “inexistencia” y “nulidad”, lo cual es irrazonable por cuanto no se podría concebir que un acto inscrito ante el Registro Público, en donde se cumplieron las formalidades de ley, es un acto inexistente. Agrega que esa posición es absurda, pues, un acto inexistente no puede generar efecto alguno y, por lo tanto, tampoco puede ser base de una condena penal. De la lectura de las sentencias aportadas se denota que en ninguna de ellas se hace una elaboración o referencia a los conceptos de “inexistencia” y “nulidad”. Lo que se hace es determinar la obligación de restitución a favor del propietario originalmente despojado del

bien, en virtud de haberse acreditado la comisión de un delito. Los demás motivos por los cuales consideran los accionantes que resulta irrazonable la jurisprudencia, ya fueron examinados en los considerandos anteriores. IX.- Conclusión. En virtud de lo expuesto, considera esta Sala que la jurisprudencia impugnada no viola los principios y derechos constitucionales señalados por los accionantes. La Sala Tercera, en las sentencias aportadas no menciona ni argumenta en modo alguno, que el tercero adquirente de buena fe no tiene derechos amparables frente a quien mediante el proceso penal se determina víctima de una defraudación. Más bien, se señala claramente en los fallos que el hecho de que se afirme que la víctima de un despojo de sus bienes, hecho al amparo de documentos falsos que logran ser inscritos en el Registro Público, tiene derecho a recuperar el bien que le ha sido, de esta manera, sustraído en forma fraudulenta, aún cuando haya terceros adquirentes de buena fe, que a su vez confiaron en la publicidad registral; lo cual no implica desconocer a los terceros de buena fe, la tutela y defensa de sus intereses, porque ellos conservan los mecanismos previstos en la legislación civil para reclamar, contra el vendedor, la garantía y, en todo caso, el pago de los daños y perjuicios, así como las restantes indemnizaciones que correspondan –pago de mejoras, por ejemplo- según los principios que allí se establecen. La jurisprudencia impugnada no produce violación a los principios de debido proceso, al derecho de propiedad privada, igualdad, razonabilidad ni seguridad jurídica. En consecuencia, procede declarar sin lugar esta acción de inconstitucionalidad (Sala Constitucional, Voto 9720-2004)¹⁴⁷

En causas penales contra la fe pública, la Sala Tercera de Casación Penal, ha reivindicado con claridad, los alcances que tiene la comisión de ese tipo de delitos.

Así en sentencia 1044 – 2014 indicó lo siguiente:

“Sobre el particular, es preciso señalar que en este caso existió un acuerdo traslativo de dominio entre la Fundación Mujeres en Acción –representada por la imputada E- y la sociedad La Católica S.A. –representada por el señor M, difunto- por medio del cual la segunda adquiría la propiedad en cuestión a cambio de un precio, lo que nos ubica frente a un contrato de compraventa, el cual es un medio derivado de adquirir el dominio de un bien, con efectos a partir del acuerdo, según se desprende de lo estipulado en el artículo 480 y 1049 del Código Civil. Lo anterior implica que, no existe norma legal que imponga, como requisito formal de validez de los contratos de compra-venta, que sean inscritos en el Registro Nacional. Ahora para efectos de terceros, el artículo 455 del Código Civil establece que: “*Los títulos sujetos a inscripción que no estén inscritos no perjudican a tercero, sino desde la fecha de su presentación al Registro. (...)*”. Por otra parte, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 468 inciso 5), 470 y 475 del Código Civil, se anotarán provisionalmente los títulos que no puedan inscribirse definitivamente por cualquier defecto que lo impida. Esta anotación provisional tendrá una vigencia de *un año* y quedará cancelada de hecho si dentro de ese plazo no se subsanara el defecto. Tanto la anotación provisional como la inscripción definitiva surten efectos, con respecto a terceros, desde la fecha de presentación del título al Registro Nacional. Respecto a la publicidad registral, la Sala Primera de la Corte ha señalado: “... *el legislador se decantó por tutelar la apariencia jurídica de legitimidad que se crea para la comunidad jurídica a partir de la publicidad registral, con el fin de que la inscripción de los derechos provoque, salvo circunstancias excepcionales, - verbigracia lo establecido en el artículo 457 ibídem- seguridad jurídica en el tráfico de bienes, en tanto existe -por regla de principio- inoponibilidad de lo no inscrito frente a los terceros*” (Fallo no. 111-2010, de las 14 horas 30 minutos del 21 de enero de 2010). En conclusión, si bien es cierto, la escritura número 54 –contrato de compraventa- no fue inscrita por poseer un defecto –formal-, ello no quiere decir que el acuerdo carezca de validez o sea nulo, no existe declaratoria

¹⁴⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Voto 9720-2004 (Costa Rica, a las 8:30 horas del 1 de septiembre, 2004).

en ese sentido, por lo que para efectos de las partes contratantes existe un acuerdo traslativo del derecho de propiedad. ...Ya se indicó en el considerando segundo de esta resolución que, el acuerdo traslativo de dominio entre las partes se configura cuando existe acuerdo entre cosa y precio, en cuyo caso nos encontramos frente a un contrato de compraventa, el cual es un medio derivado de adquirir el dominio de un bien, con efectos a partir del acuerdo, según se deriva de lo estipulado en el artículo 480 y 1049 del Código Civil. También se señaló que no existe norma legal que imponga, como requisito formal de validez de los contratos de venta, que sean inscritos en el Registro Nacional. Lo anterior porque la publicidad registral tiene efectos para terceros según lo indicado en el artículo 455 del Código Civil que reza, en parte que interesa: "*Los títulos sujetos a inscripción que no estén inscritos no perjudican a tercero, sino desde la fecha de su presentación al Registro. (...)*". Ahora, aquellos títulos que tengan un defecto que impidan su inscripción definitiva serán anotados provisionalmente por el plazo de *un año*, pero se cancelarán -de hecho- si dentro de ese periodo no se subsana el defecto, de acuerdo con lo dispuesto en los ordinales 468 inciso 5), 470 y 475 del Código Civil. Lo anterior quiere decir que, con independencia de la tramitología registral y las consecuencias de la anotación de un título en forma provisional -por contener un defecto-, el negocio jurídico surte efecto entre las partes contratantes, mientras no se declare su nulidad. No es cierto que el Tribunal indicara que la rescisión del contrato de compraventa no era necesaria en razón de que la escritura era nula por falta de requisitos. Todo lo contrario¹⁴⁸

La caducidad de las anotaciones provisionales de demanda, en el Registro Público de la propiedad. El Tribunal Agrario, ha resuelto sobre este aspecto en sentencia No. 411-2014, lo siguiente:

"...En este asunto se discute sobre el derecho de propiedad de la finca 23416-000 del Partido de Limón. El artículo 178 del Código Notarial reformó el numeral 468 del Código Civil referente a las anotaciones provisionales, disponiéndose que: "*Se anotarán provisionalmente; 1.- Las demandas sobre la propiedad de bienes inmuebles determinados y cualesquiera otras sobre propiedad de derechos reales, o en las que se pida la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real sobre inmuebles ...*"; y el ordinal 469 siguiente agrega: "*La anotación provisional de los actos jurídicos a que se refieren los casos 1), 2), 3) y 4) del artículo anterior, se convierte en inscripción definitiva mediante la presentación, en el Registro, de la respectiva sentencia, pasada en autoridad de cosa juzgada.*" Es claro que tanto el embargo preventivo como la anotación de la demanda son medidas cautelares típicas, las cuales se encuentran expresamente contempladas en los artículos 33, 34 y 35 de la Ley de Jurisdicción Agraria. En este caso se acogió, desde un inicio la anotación de la demanda ordinaria agraria, con el fin de lograrse la publicidad registral necesaria, frente a terceros, de que el fundo está en discusión. A criterio de este Tribunal tal medida es totalmente pertinente de conformidad con lo dispuesto por los artículos 34 de la Ley de Jurisdicción Agraria, 282 del Código Procesal Civil en concordancia con el 468 del Código Civil. En este caso se están discutiendo pretensiones que versan sobre la posesión y propiedad de los terrenos comprendidos en la finca 23416-000. En este caso particular no podríamos señalar que ha prescrito la acción conforme lo establece el 868 del Código Civil tal y como lo indica la parte, dado se trata de un plazo de caducidad de la anotación y no de prescripción como parece entenderlo el apelante. Por ello, al caducar la anotación como lo indica el apelante, no había necesidad de solicitar un levantamiento de la anotación, pues, el registrador simplemente hace caso omiso de dicha anotación ante cualquier movimiento tal y como lo dispone el mismo numeral señalado 471 del Código Civil. No obstante lo anterior, considera esta Cámara la anotación de oficio que hace el a quo no era procedente por cuanto el ordinal 471 del Código Civil establece que: "Cuando se trate de las anotaciones

¹⁴⁸ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, *Voto 1014-2014* (Costa Rica, a las 10:14 horas del 27 de junio, 2014).

provisionales referidas en los incisos 1), 2), 3) y 4) del artículo 468, dentro de los términos indicados y a fin de interrumpirlos, la parte interesada deberá gestionar la anotación de la interrupción, si el juicio respectivo no hubiese fenecido." Partiendo de lo anterior, el juzgado no podía hacerlo de oficio dado existe norma expresa que regula al respecto y la cual tiene un sentido de su existencia. La anotación preventiva es hoy, por naturaleza, un asiento de duración limitada, por lo que si no se gestiona durante ese plazo de diez años que tiene vigencia dicha anotación a instancia de parte interesada, la misma caduca. Es decir, la única forma de que dicha anotación permanezca después de vencido ese plazo de diez años, es cuando la parte interesada a gestionado su permanencia antes de que opere la caducidad, o sea se prorroga a instancia de parte interesada, la cual debe solicitarlo antes del vencimiento del plazo de los diez años, es decir antes de que caduque la anotación. Al ordenarse la anotación por parte del a quo y hacerlo de oficio, habiendo caducado la anotación provisional, se contraría el orden jurídico y lo dispuesto en el ordinal 471 del Código Civil. Por ello lleva razón el apelante en cuanto a este agravio, por lo que no se comparte lo resuelto por el juzgador de instancia sobre dicho punto, por lo que deberá revocarse lo resuelto por el a quo en cuanto a que ordena de oficio remitir mandamiento de Anotación de demanda sobre la finca del Partido de Limón matrícula número 23416-000.”¹⁴⁹

8.- Consideraciones conclusivas.

El Derecho Registral debe entenderse como política de Estado. Existe un reconocimiento constitucional de los derechos reales y los deferentes tipos de propiedad (civil, agraria, forestal, industrial, intelectual, indígena), y en consecuencia una protección del régimen inmobiliario, y de los derechos intangibles. La Autonomía del Derecho Registral (*ius conditio* y *ius condendum*), está sustentada en la existencia de un sistema normativo orgánico que comprende, entre otros: El sistema registral inmobiliario y los principios del Derecho Registral, la Publicidad y seguridad jurídica. La necesidad de la unificación entre el catastro y el registro y correspondencia de la realidad material, con la catastral y registral, la fe pública registral y notarial; la protección de terceros adquirentes de buena fe.

La publicidad jurídica y las realidades extrarregistrales, genera la necesidad de incorporar instrumentos de fiscalización en sede administrativa: El Tribunal Registral Administrativo, el control jurisdiccional, en distintas materias, resulta necesario para establecer los criterios registrales y la fe pública registral en las decisiones de casos concretos: La justicia constitucional, la casación civil/agraria, y los Tribunales especializados, otorgan certeza a los derechos registrales.

BIBLIOGRAFÍA.

Caicedo Escobar, Eduardo. *Derecho inmobiliario Registral*. Colombia, Editorial Temis, 2001.

Castillo González, Jorge Mario. *Constitución Política de la República de Guatemala, Comentada*. Guatemala, Universidad de San Carlos, 9ª. Edición, 2015.

Díaz Sánchez, Elvin Leonel. *La autonomía del Derecho Registral en el Ordenamiento Jurídico Guatemalteco*. Guatemala, Universidad de San Carlos, Tesis de Grado, 2009.

¹⁴⁹ Tribunal Agrario de Costa Rica, *Voto 411-2014* (Costa Rica, de las 2:28 horas del 20 de mayo, 2014)

Méndez Martínez, José Manuel. *Análisis de Tendencias Jurisprudenciales en apelación de amparo contra el Registro de la Propiedad por casos anómalos de inscripción Registral de Dominio*. Universidad de Guatemala, Tesis de Grado, 2015.

Lasarte, Carlos. *Derechos Reales*. Madrid, Marcial Pons, 2012.

Ortiz Mora, Guadalupe. *Derecho Registral Patrimonial*. Costa Rica, San José, Editorial Jurídica Continental, 2016.

Salas, Óscar. *Derecho Notarial de Centroamérica y Panamá*. San José Editorial Costa Rica, 1973.

JURISPRUDENCIA.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, *Voto 9720-2004*. Costa Rica, a las 8:30 horas del 1 de septiembre, 2004.

Sala Primera de la Corte Suprema de Costa Rica. *Voto 1444*. Costa Rica, a las 9:45 horas, 24 de noviembre, 2011.

Sala Primera de la Corte Suprema de Costa Rica. *Voto 830-2013*. Costa Rica, a las 10:00 horas, 4 de julio, 2013.

Sala Primera de la Corte Suprema de Costa Rica, *Voto 515-2014*. Costa Rica, a las 08:55 horas, del 10 de abril del 2014.

Sala Primera de la Corte Suprema de Costa Rica, *Voto 293-F-S1-2016*. Costa Rica, a las 09:45 horas, 7 de abril de 2016.

Sala Primera de la Corte Suprema de Costa Rica *Voto 166-2018*. Costa Rica, a las 14:29 horas, del 01 de marzo del 2018.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Voto 1014-2014*. Costa Rica, a las 10:14 horas del 27 de junio, 2014.

Tribunal Agrario de Costa Rica. *Voto 411-2014*. Costa Rica, de las 2:28 horas del 20 de mayo, 2014.

Tribunal Registral Administrativo de Costa Rica, *Voto 0382-2017*, de las 13:30 horas del 10 de agosto del 2017.

El contrato de donación en los sistemas notariales de algunos países de Centroamericana: Aproximación a una comparación

María Elena Carvajal Duarte *

Sumario. 1. Introducción. 2. Breves antecedentes históricos del contrato de donación. 3. Generalidades doctrinales del contrato de donación. 3.1. Nulidades del contrato de donación en Costa Rica. 3.2. Nulidades del contrato de donación en El Salvador. 3.3. Nulidades del contrato de donación en Guatemala. 3.4. Nulidades del contrato de donación en Panamá. 3.5. Similitudes y diferencias de las nulidades del contrato de donación en los países en estudio. 4. Los sistemas notariales en los países en estudio. 5. Los Sistemas Registrales 5.1. El Sistema Registral en Costa Rica. 5.2. El Sistema Registral en El Salvador. 5.3. El Sistema Registral en Guatemala. 5.4. El Sistema Registral en Panamá. 6. Requisitos de la escritura de donación en la legislación costarricense. 7. Algunos criterios jurisprudenciales en torno a la donación. 8. Conclusión. 9. Bibliografía.

Resumen: Las notarias y notarios llevan a acabo actuaciones que implican diversos trámites y requisitos, los cuales son esenciales para el ejercicio de la función notarial, tal es el caso de la escritura de donación. Determinar la convergencia en el desarrollo notarial, entre los países hermanos, por lo cual, es fundamental analizar las leyes de los países vecinos y buscar su armonización, compartiendo las experiencias internas y contribuyendo a emprender mejoras de carácter notarial entre los países incluidos en este análisis. En ese tanto, se llevara a cabo un breve antecedente del contrato de donación, se trataran las nulidades del contrato de donación, en la búsqueda de las similitudes y diferencias en los países en estudio. Además, se señalarán las formalidades sustanciales y ad-solemnitatem similares, se citará jurisprudencia de interés relacionada con la revocación por ingratitud de la donación en la búsqueda de fortalecer el derecho comparado.

Abreviaturas. CCCR: Código Civil de Costa Rica. CComCR: Código de Comercio de Costa Rica. CPCR: Código Penal de Costa Rica. art.: artículo. arts.: artículos. a.C.: antes de Cristo. d.C.: después de Cristo. inc.: inciso. CNR: Centro Nacional de Registro.

1. Introducción

Dentro del ejercicio del notariado, los notarios y las notarias se encuentran diariamente realizando una serie de actuaciones, las cuales son afines a diferentes actos, verbigracia, usufructo, compra-venta, traspasos, etcétera, sin embargo, es importante indicar, que cada una de estas actuaciones, conlleva a diversos trámites y requisitos, los

*. Licenciada en Derecho. Especialista en Derecho Notarial y Registral. Maestría en Administración de Justicia -Enfoque Sociojurídico- con Énfasis en Administración de Justicia Penal. Mediadora / Negociadora / Conciliadora, certificada por la DINARAC y MTSS. Doctoranda de la Universidad de Costa Rica. Abogada y Notaria Pública. ecarvajalnotariapublica@gmail.com

cuales son esenciales para el ejercicio de la función notarial, tal es el caso de la escritura de donación.

Es loable, el esfuerzo para despertar la investigación en el ámbito del derecho comparado, sobre todo a nivel centroamericano, porque, aunque somos diferentes, también existe convergencia en el desarrollo notarial, que presentan puntos en común con los países hermanos. Es fundamental analizar las leyes de los países vecinos y buscar su armonización, compartiendo las experiencias internas y contribuyendo a emprender mejoras de carácter notarial entre los países incluidos en este análisis.

El principal propósito es dar a conocer, las similitudes y diferencias que rodean las nulidades del contrato de donación, conforme al Código Civil, según las formalidades sustanciales y ad-solemnitatem, en algunos países de la Región Centroamericana, tales como, Costa Rica, El Salvador, Guatemala y Panamá.

Todo lo anterior podría facilitar y determinar si hay una aplicación uniforme en el establecimiento de un instrumento en la Región Centroamericana, para dar respuesta a los sujetos particulares en relación con las nulidades del contrato de donación de su patrimonio y si no existiere, determinar la factibilidad de hacer un modelo uniforme, para que, las nulidades del contrato de donación sea reconocido como instrumento en los países de la Región Centroamericana, garantizando seguridad jurídica.

La hipótesis de esta investigación parte de que, pese a la existencia de una raíz común al contrato de donación en –algunos- de los países de la Región Centroamericana, lo afectan nulidades absolutas y relativas, sin embargo, se codificaron disponiendo formalidades sustanciales y ad-solemnitatem similares.

Como objetivo general se ha planteado, analizar las nulidades del contrato de donación de los países en estudio, en la observancia de los sistemas notariales y registrales de los mismos.

En los objetivos específicos propuestos están examinar los antecedentes históricos del contrato de donación, definir el contrato de donación, identificar el sistema notarial de los países en estudio, referenciar el sistema registral, reconocer las nulidades del contrato de donación y establecer las similitudes y diferencias de las nulidades del contrato de donación en los países estudiados. Además, citar jurisprudencia de interés relacionada con la revocación por ingratitud de la donación.

Este trabajo de investigación tiene como finalidad profundizar sobre las nulidades de la donación, examinando las similitudes y diferencias, en relación con Costa Rica, El Salvador, Guatemala y Panamá. Todo lo anterior podría facilitar y determinar si existe una aplicación uniforme en relación con las nulidades del contrato de donación, con el fin de aquilatar si puede generarse alguna disputa en la validez del contrato de donación, o, por lo contrario, existiera una apertura y similitud, en cuanto a la codificación en relación con las formalidades sustanciales y ad-solemnitatem en los países en estudio fortaleciendo el derecho comparado.

La metodología que se utilizará en la investigación es de un enfoque cualitativo, de un alcance descriptivo y se usan técnicas de análisis de información que consiste en la recopilación de material de diferentes fuentes, por medio de la búsqueda, la lectura del material y su selección, que se desarrollará conforme al sumario.

2. Breves antecedentes históricos del contrato de donación

Como todos los institutos jurídicos, el contrato muestra una transformación. Se resaltarán de forma general lo relacionado con el contrato en Roma hasta la Edad Contemporánea. Los juristas romanos regularon una serie de tipos contractuales a las que el Derecho reconoció el efecto de ser fuente de obligaciones civilmente exigibles. El Derecho Romano obedeció a una sociedad sencilla, rústica, religiosa, formalista y, además, solemne, llamado Derecho Quiritario.¹⁵⁰ La palabra donación fue utilizada en el siglo I a. C., por Trebacio,¹⁵¹ Quinto Mucio Escévola¹⁵² (140-82 a. C.) y a finales del siglo I a. C y en el inicio del siglo I d. C., se encuentra la palabra utilizada por Marco Antistio Labeón¹⁵³ (43 a. C.-20 d. C.).

En el derecho preclásico y clásico la *lex Cincia de donis et muneribus*, del año 204 a.C.,¹⁵⁴ su base, era proteger la lábil voluntad del donante, ante la coerción del donatario. Por ésta razón, se prohibió dar y recibir *dona et munera* que excediera una cantidad - las donaciones que superaran un cierto límite (*modus donationis*)- *no se conoce*, “*donatio inmodica*,”¹⁵⁵ sin embargo, podría ser bajo, el fin que la ley perseguía era impedir el empobrecimiento general. Todo con el objetivo de evitar los daños o regalos abusivos, y el enriquecimiento económico y social de la nobleza gobernante sobre los ciudadanos gobernados. Empero, se excluyó de la prohibición: “a) las donaciones hechas entre ciertas

150. Derecho antiguo: comprende del año 753 al 130 a.C. se le conoce como Derecho quirritario, basado principalmente en las costumbres de los antepasados, mismo que, posteriormente en la Ley de las XII Tablas. Exclusivo para ciudadanos, es severo, rígido y formalista. Samantha Gabriela López Guardiola, *Derecho Romano I* (Tlalnepantla de Baz, México: Red Tercer Milenio, 2012), 20.

151. Trebacio quien aparece citado por Javoleno en el pasaje del D. 24,1,64. (Jav., 6 ex post. lab.): “Vir mulieri divortio facto quaedam idcirco dederat, ut ad se reverteretur: mulier reversa erat, deinde divortium fecerat. Labeo: Trebatius inter Terentiam et Maecenatem respondit si verum divortium fuisset, ratam esse donationem, si simulatum, contra. Sed verum est, quod proculus et caecilius putant, tunc verum esse divortium et valere donationem divortii causa factam, si aliae nuptiae insecutae sunt aut tam longo tempore vidua fuisset, ut dubium non foret alterum esse matrimonium: alias nec donationem ullius esse momenti futuram.” Lenel, O., Paling., II, frag. 32 (col. 346): “Habiéndose verificado el divorcio, un marido había dado ciertas cosas a su mujer para que volviese a él; la mujer había vuelto, y después se había divorciado otra vez; dice Labeón, que Trebacio respondió a Terencia y a Mecenas, que si el divorcio hubiese sido verdadero, es válida la donación, y al contrario, si simulado. Pero es verdad lo que opinan Próculo y Cecilio, que es verdadero el divorcio, y es válida la donación hecha por causa de divorcio, si se han seguido otras nupcias, o si la mujer hubiese estado viuda tan largo tiempo, que no fuese dudoso que hubo otro matrimonio; de otra suerte, tampoco habrá de ser de valor alguno la donación.”

152. A través de Ulpiano (30 Sab.) en D. 17, 2, 11: “et ita de hereditate legato donatione Quintus Mucius scribit.” “Y así, por herencia, el embajador de donaciones Quinto Mucio escribe.”

153. Lenel, O., Paling., I, frag. 307 (col. 546): “Si el marido donó lana a la mujer, y con esta lana se hizo de ella vestidos, dice Labeón, que los vestidos son de la mujer.”

154. En puridad es un plebiscito rogado por el tribuno de la plebe Cincio Alimento. El término donum, don, dádiva o regalo, es genérico y comprende el de munus, que vendría a significar cuando aquellos están impuestos por la costumbre, que se repiten periódicamente o que se dirigen a compensar algún servicio. Era *lex “imperfecta”* por lo que no acarrea la nulidad de la donación ya hecha -donatio perfecta-. Por ello obligó, para aplicarse, a que el jurista tuviera que distinguir entre distintos tipos de donación: 1º) las prohibidas y no prohibidas por ella y 2º) las consumadas -perfectae- que serían válidas, y las no consumadas -imperfectae- por haberse prometido pero aún no cumplido, concediendo el Pretor al donante, para evitar su eficacia, si se pretendiera su cumplimiento, una excepción -exceptio legis Cinciae-

155. Limite de donación.

personas -personae exceptae- ligadas por particulares vínculos familiares o cuasi-familiares o b) que cumplen determinado fin.”¹⁵⁶

En derecho postclásico, no se utilizaba la *lex Cincia*, por lo tanto, la donación sufre profundas alteraciones, pasa a ser un negocio típico formal, real y traslativo de dominio, cambiando su carácter inicial de causa de atribución patrimonial gratuita, tal como se cita: “Constantino -Fragmenta Vaticana 249- exige la “insinuación de las donaciones”. Esto es: su pública documentación ante funcionarios imperiales, que comporta tres requisitos: a) documento escrito -ad solemnitatem-; b) pública entrega -traditio advocata vicinitate- y c) registro de aquél en los archivos imperiales -apud acta-. El incumplir estos requisitos legales acarrea su nulidad.”¹⁵⁷

Termina la evolución con Justiniano, *De donationibus*, C.8,54(53),34, que adopta una solución de compromiso entre el régimen clásico y el postclásico. Así: a) para las donaciones de cuantía superior a 500 sueldos —salvo ciertas excepciones¹⁵⁸— mantiene la necesidad del acto escrito y de la *insinuatio apud acta* y de no cumplirse serán nulas en la suma excedente y b) respecto a las de inferior cuantía -o privilegiadas- basta la *traditio*.¹⁵⁹

En general, el Derecho Romano clásico se refiere a los conflictos patrimoniales que se dan entre las personas, es decir, a los conflictos relacionados con el aprovechamiento y uso de las cosas. El *ius civile*, a saber, el *ius* propio de los ciudadanos, aludía a sus correlaciones privadas de carácter patrimonial. En el siglo II a.C. el *ius civile* era netamente secular, referido a relaciones patrimoniales.

Para los romanos el *ius civile* era un derecho peculiar, propio de los ciudadanos romanos, diferente al de otros pueblos. Sin embargo, tenían algunas instituciones comunes a otros pueblos, porque se constituían en la sencilla “lealtad a la propia palabra” (*fides*), como los contratos. Estas instituciones comunes en relación con otros poblados se le llamó “derecho de gentes” (*ius gentium*). La entrega o *traditio* es el modo más común de adquirir la propiedad, y considerado un modo de *ius gentium*, sirvió para adquirir la propiedad civil de las cosas.

Los términos “*perfecta*” y “*perficere*” tienen el sentido de acto perfecto o que se encuentra perfeccionado (un acto o contrato), *donatio*, utilizado en la jurisprudencia clásica, según las limitaciones que conminaron a la donación, se aplicaba “*donatio perfecta*.”

156. Ricardo Panero Gutiérrez, *Manuales Derecho Romano*, 5ª ed. (Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2015), 561. Por ejemplo el de constitución de la dote que se admite al cognado cualquiera fuese su grado de parentesco con la dotada.

157. *Ibid.*, 562.

158. Donaciones “privilegiadas” en este sentido fueron: a) las que se hacen al Emperador o éste a los particulares; b) las de fines piadosos -*in causas piissimas*-; c) para el rescate de prisioneros; d) para reconstruir el edificio destruido; e) las del *tribunum militum* a los soldados y e) para constituir la dote.” Ricardo Panero Gutiérrez, “*Manuales Derecho Romano*,” 562.

159. “Aunque se atenuará hasta el punto que *de facto* -no *de iure*- se llega a confundir con la simple voluntad. Dado que en la donación formal y en la no formal se exige la *traditio*, aunque con distinto carácter -como obligación del donante o como acto traslativo de dominio- se explica que en los documentos posteriores a Justiniano se hable siempre de *traditio* y que se confunda, por tanto, el momento de la perfección con el de la ejecución.” Ricardo Panero Gutiérrez, “*Manuales Derecho Romano*,” 562.

El contrato es un acuerdo de voluntades, pacto o convención, términos similares. En el Derecho Romano, hasta Justiniano, el concepto de contrato sufre una lenta evolución, imponiéndose “el acuerdo de voluntades” *-conventio-* sobre la forma *-negotium contractum-*. La base del contrato en Roma se instituyó en la idea de un vínculo o sujeción; en la época clásica, se hablaba de contratos y en teoría, existían grandes excepciones en la práctica, sin embargo, el propio derecho justiniano, no generaba obligaciones.

A finales del imperio, *el simple pacto, no bastaba para crear la obligación civil. El derecho civil solo reconocía la obligatoriedad si esta estaba acompañada de ciertas formalidades, que dieran fuerza y certidumbre al consentimiento de las partes, para así evitar pleitos y encerrar los límites precisos de las voluntades. Estas formalidades consistían en; palabras solemnes, menciones escritas y la remisión de una cosa hecha por una de las partes a la otra. Aunque con el paso de los años, con el ensanchamiento del imperio el cual añadía más y más territorios, ensanchando a su vez sus posibilidades comerciales, muchas de estas reglas fueron siendo derogadas en beneficio de los negocios practicados entre los ciudadanos y entre estos y los peregrinos los que lograron así negociar más fácilmente entre ellos.*¹⁶⁰

3. Generalidades doctrinales del contrato de donación

Para Brenes Córdoba *Entre los actos de liberalidad que suelen realizarse, figura muy particularmente la donación, nombre con que se designa un contrato por el que una persona traspasa a otra, gratuitamente, la propiedad de una cosa.*

*A veces, la donación propiamente tal, que es de la que aquí se trata, es distinguida con el aditamento de “entre vivos” (inter vivos), porque tiene efecto estando vivos los contratantes, a diferencia de la donación “por causa de muerte” (mortis causa), no realizable sino a la muerte del donante, siendo revocable por éste ad nutum, esto es, a voluntad, sin que tenga que exponer ninguna razón; manera de disponer que en su forma concreta antigua, está proscrita del derecho moderno y a la cual se refiere nuestro Código al decir (art. 1393): “La donación que se haga para después de la muerte se considera como disposición de última voluntad y se rige en todo por lo que se dispone para testamentos.”*¹⁶¹

Se logra inferir de la cita que la donación es un contrato *gratuito, unilateral, solemne*, además, un convenio inter vivos, ergo, la donación mortis causa, conforme al art. 1393, es considerado de última voluntad y se rige en lo dispuesto para testamentos. También, en toda donación es necesario el consentimiento de ambas partes, por lo tanto, se debe aceptar la donación, conforme al art. 1399,¹⁶² del mismo cuerpo normativo,

160. Andrea del Pilar Méndez et al., “Contrato en Roma,” Universidad Autónoma de Bucaramanga, Facultad de Derecho, 2014, 5.

161. Alberto Brenes Córdoba, *Tratado de los contratos*, (San José, Costa Rica: Juricentro, 1998), 39.

162. “La aceptación puede hacerse en la misma escritura de donación o en otra separada; pero no surte efecto si no se hace en vida del donador y dentro de un año contado desde la fecha de la escritura. Hecha la aceptación en escritura separada, debe notificarse al donador.” *Sistema Costarricense de Información Jurídica*, “Ley no. 63: Código Civil: 28 de septiembre, 1887,” *Sistema Costarricense de Información Jurídica*, Consultado 22 de abril. 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?Valor1=1&nValor2=154371399.

ergo, es un requisito sine qua non y debe hacerse en vida del donante para su perfeccionamiento. Se puede llevar acabo en la misma escritura pública o separadamente, debiendo notificar al donador dentro del año, conforme a la fecha de la escritura de donación. En suma, en la donación existe una solemnidad legal **ad substantiam**, dicho de otra manera, para su perfeccionamiento.

La solemnidad de la donación se encuentra plasmada en el art. 1397 del CCCR: “La donación verbal sólo se admite cuando ha habido tradición y cuando se trate de bienes muebles cuyo valor no pase de doscientos cincuenta pesos.

La de muebles cuyo valor exceda de esa suma y la de inmuebles debe hacerse en escritura pública; faltando ese requisito, la donación es absolutamente nula.”¹⁶³

Los artículos 481 y siguientes del CCCR, se refiere a la tradición como uno de los modos de adquirir el dominio en relación con los muebles corporales. La tradición es la transmisión mano a mano de una cosa, la entrega de un bien mueble corporal, por lo tanto, desde el momento en que el dueño hace entrega y el adquirente toma posesión de la cosa, es cuando se realizan la tradición, está es una formalidad sustancial. En el segundo párrafo del artículo 1397 del CCCR, se refiere al requisito indispensable por ser registrable, a saber, constituirse en escritura pública. En síntesis, si no consta en escritura pública es absolutamente nula, ergo es un requisito **ad solemnitatem**, elevado a nivel de elemento esencial de validez, puesto que, al faltar ocasiona inexistencia del negocio y, por ende, su ineficacia.

Otros aspectos de interés de la donación son: para donar por cuenta propia, se debe ser sujeto con capacidad y que la cosa le pertenezca, pero para donar por otro, se requiere un poder especialísimo tal como reza en el art. 1408¹⁶⁴ de CCCR. El numeral 1400¹⁶⁵ del CCCR, refiere, para recibir por medio de la donación la persona debe estar concebida. Por otro lado, la donación debe aludir, en relación con bienes presente, en el sentido, que existan y estén en poder del donante, suplementariamente, los bienes deben estar notoriamente determinados. En relación con la revocación, el numeral 1405,¹⁶⁶ se logra inferir que de no aceptar la donación puede ser revocada, pero, también, señala que de aceptarse, se permite revocar por causa de ingratitud hacia el donante.

3.1. Nulidades del contrato de donación en Costa Rica

La nulidad absoluta, según el art. 1397 del CCCR, cuando falta un requisito esencial, como otorgarse en escritura pública, también, al art. 1398¹⁶⁷ del mismo cuerpo normativo, el contrato de donación indeterminado es absolutamente nulo, por

163. *Ley no. 63: Código Civil, 1397.*

164. “Para donar en nombre de otro se necesita poder especialísimo.” *Ley no. 63: Código Civil, 1408.*

165. “Para recibir por donación es preciso estar, por lo menos, concebido al tiempo de redactarse la escritura de donación; pero quedará pendiente el derecho del donatario de que se cumpla lo dispuesto en el artículo 13.” *Ley no. 63: Código Civil, 1400.*

166. “Una vez aceptada no puede revocarse sino por causa de ingratitud en los casos siguientes: 1°.- Si el donatario comete alguna ofensa grave contra la persona u honra del donador, sus padres, consorte o hijos. 2°.- Si el donatario acusa o denuncia al donador, su consorte, padres o hijos.” *Ley no. 63: Código Civil, 1405.*

167. “También es absolutamente nula: 1°.- La donación indeterminada del todo o de parte alícuota de los bienes presentes: los bienes donados, sea el todo o una parte de los que pertenecen al donador, deben describirse individualmente; y 2°.- La donación de bienes por adquirir.” *Ley no. 63: Código Civil, 1398.*

consiguiente, deben describirse individualmente, además, la donación de bienes por adquirir, también es absolutamente nulo. El art. 837 del CCCR, señala que puede declararse de oficio.

Nulidad de la donación efectuada por cónyuge supérstite, es al disolverse la unión matrimonial cuando cada uno de los cónyuges adquiere el derecho de participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales que sean constatados dentro del patrimonio del otro (artículos 40 y 41 del Código de familia). De lo anterior se desprende que el derecho a gananciales no tiene naturaleza real, como sucedía antes de la Reforma al artículo 77 del Código Civil, sino que es un derecho personal o de crédito. Por ende, el cónyuge supérstite en cuyo patrimonio figura en bienes de naturaleza ganancial conserva sus plenas facultades de disposición una vez disuelto el vínculo por causa de muerte, pero eso sí, sin perjuicio de los derechos que le puedan corresponder a la sucesión del cónyuge premuerto.¹⁶⁸ En ese sentido, en concordancia con el artículo 572¹⁶⁹ del CCCR, en caso, de existir hijos, sucesorio, le corresponde al cónyuge supérstite, el 50% de los gananciales, y el 50% del cónyuge fallecido, es lo que entraría a la sucesión de los hijos y la esposa. Ahora bien, si no hay hijos, ni padres (abuelos) la heredera será la esposa, pero, si no hay hijos, ni esposa, los herederos serían los padres. También, pueden heredar el conviviente en unión que haya mantenido una relación pública, singular y estable durante 3 años. Por otro lado, en caso de no existir esposa, hijos, padres (abuelos), los herederos serían los hermanos y hermanas legítimos o naturales y a falta de éstos, heredarán las Juntas de Educación. Si existiera al traspaso antes de liquidar la sucesión del premuerto, será válido, siempre y cuando, donará la

168. Centro de Información jurídica en línea, *Nulidad de la donaciones*, (San José, Costa Rica: Centro de Información jurídica en línea, 2006), 6-7.

169. *Son herederos legítimos: 1) Los hijos, los padres y el consorte, o el conviviente en unión de hecho, con las siguientes advertencias: a) No tendrá derecho a heredar el cónyuge legalmente separado de cuerpos si él hubiere dado lugar a la separación. Tampoco podrá heredar el cónyuge separado de hecho, respecto de los bienes adquiridos por el causante durante la separación de hecho. b) Si el cónyuge tuviere gananciales, sólo recibirá lo que a éstos falta para completar una porción igual a la que recibiría no teniéndolos. c) En la sucesión de un hijo extramatrimonial, el padre sólo heredará cuando lo hubiere reconocido con su consentimiento, o con el de la madre y, a falta de ese consentimiento, si le hubiere suministrado alimentos durante dos años consecutivos, por lo menos. ch) El conviviente en unión de hecho sólo tendrá derecho cuando dicha unión se haya constituido entre un hombre y una mujer con aptitud legal para contraer matrimonio, y se haya mantenido una relación pública, singular y estable durante tres años, al menos, respecto de los bienes adquiridos durante dicha unión. (Así reformado el inciso 1) anterior por el artículo 31° (actual 34) de la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, ley N° 7142 de 8 de marzo de 1990) (Nota de Sinalevi: De conformidad con el artículo N° 242 del Código de Familia, adicionado por Ley N° 7532 del 8 de agosto de 1995, debe entenderse que: ".el conviviente en unión de hecho posee los mismos derechos, que con respecto al matrimonio formal existen.") 2) Los abuelos y demás ascendientes legítimos. La madre y la abuela por parte de madre, aunque sean naturales, se consideran legítimas, lo mismo que la abuela natural por parte de padre legítimo; 3) Los hermanos legítimos y los naturales por parte de madre; 4) Los hijos de los hermanos y los hijos de la hermana; (Así reformado este inciso de acuerdo con la anulación parcial ordenada por resolución de la Sala Constitucional N° 4575 del 06 de abril de 2011) 5) Los hermanos legítimos de los padres legítimos del causante y los hermanos uterinos no legítimos de la madre o del padre legítimo; y 6) Las Juntas de Educación correspondientes a los lugares donde tuviere bienes el causante, respecto de los comprendidos en su jurisdicción. Si el causante nunca hubiere tenido su domicilio en el país, el juicio sucesorio se tramitará en el lugar donde estuviere la mayor parte de sus bienes. Las Juntas no tomarán posesión de la herencia sin que preceda resolución que declare sus derechos, en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles. (Así reformado por el artículo 1° de la ley N° 1443 de 21 de mayo de 1952). Ley no. 63: Código Civil, 572.*

proporción que le corresponde (50%) de gananciales, pero, lo que no le corresponde de ganancial del fallecido, será reputado, ergo, le corresponde a los herederos.

La *nulidad de la donación por vicios del consentimiento es relativa y no declarable de oficio*, la donación por vicios del consentimiento es relativa, por lo cual, no es declarable de oficio, además, prescribe a los 4 años, según los artículos 41, 836, 838, 841 y 1399 del CCCR.

La *ausencias física del donatario en su constitución no produce nulidad*, de conformidad con el artículo 1399 del CCCR, no se requiere la presencia del donatario en el mismo acto de la escritura, porque la aceptación se puede hacer en la constitución de la escritura ó dentro del año contado desde la fecha de la escritura, pero en vida del donador.

Es *absolutamente nula la donación otorgada con condición resolutoria*, cuando se realiza un contrato de donación imponiendo condiciones resolutorias, en la transferencia de un bien inmueble, esto hace que se extinga el derecho de propiedad otorgado, ya que, la donación es un acto de liberalidad, sin la oportunidad de recibir contraprestación alguna, conforme al numeral 1394 del CCCR, por lo tanto, la cláusula puesta en el contrato de donación se encuentra viciada de nulidad absoluta.

La *nulidad de la donación de un inmueble si no se hace en escritura pública*, en el artículo 1397 del CCCR, en su párrafo segundo señala que, la donación de inmuebles debe hacerse en escritura pública y a falta de este requisito, que es insalvable, por cuanto, el CCCR, lo exige y su sanción es bajo pena de nulidad absoluta.

La *revocación por ingratitud* en el CCCR, se encuentra en el art. 1405, las causales contempladas radican cuando el donatario comete alguna ofensa grave contra la persona u honra del donador, sus padres, consorte e hijos, también, si el donatario acusa o denuncia al donador, su consorte, padre o hijos.

3.2. Nulidades del contrato de donación en El Salvador

La *nulidad absoluta, del contrato de donación*, se da según los arts. 1551, 1552, 1553 y 2254 del Código Civil de El Salvador, cuando faltan requisito exigidos por ley, tales como el objeto o causa ilícita, al omitir los requisitos o formalidades es absolutamente nula, además, se puede declarar de oficio, o lo puede alegar cualquier persona interesada, excepto el que ejecutó el acto o contrato; el Ministerio Público puede pedir la declaración al donatario, en relación al interés de la moral o de la ley; también, no puede sanearse por ratificación de las partes, ni por transcurrido 30 años, prescribe sería de 30 años para el saneamiento y de 20 años para la acción ordinaria.

La *nulidad de la donación efectuada por cónyuge supérstite*, de conformidad con los arts. 988, 997, 1177, 1221, 1222, 1281 y 128 del Código Civil salvadoreño, las donaciones se deben otorgar por escritura pública e indicar la causa de lo contrario se considera donación gratuita y las donaciones que cumplan los requisitos no requieren de escritura adicional, se pueden realizar dentro de la misma escritura de capitulaciones.

La *nulidad de la donación por vicios del consentimiento es relativa y no declarable de oficio*, arts. 653, 654, 1322, 1552, 1554 y 1562 del Código Civil de El Salvador, por cuanto, se puede validar retroactivamente por la ratificación, además, puede ser alegado únicamente por aquellos que la ley lo establezca o por sus herederos

o cesionarios, también, puede ser saneado por el transcurso del tiempo o por ratificación de las partes, y prescribe a los 4 años.

La *ausencias física del donatario en su constitución no produce nulidad*, de conformidad de los arts. 670, 996, 997, 1286 y 1287 del Código Civil salvadoreño, porque, el donatario puede aceptar bajo representación, ya sea por Poder especial o poder general para administrar sus bienes, por medio de un representante legal, ahora bien si podrá aceptar por el donatario sin poder especial ni general, ni representación legal, cualquier ascendiente o descendiente legítimo suyo que sea capaz de contratar y obligarse. Puede sanearse por el transcurso del tiempo y por las partes. El Código Civil de El Salvador, en los arts. 1265, 1281, 1295, 1296, 1304, 1305, permite tres tipos diferentes de donación: La gratuita, la onerosa y la remuneratoria. Es gratuita cuando el provecho es para una parte, no tiene saneamiento aún cuando la donación en principio fue una promesa, es onerosa cuando se impone el hacer algo, es decir, se debe señalar la causa, el no hacerlo, se considera gratuita, verbigracia, administrar las cuentas del donante, y es remuneratoria cuando el donatario le brinda un servicio al donante y se deben especificar los servicios, sino sería gratuita.

La donación otorgada con *condición resolutoria*, es válida, según los arts. 1358, 1359, 1360 y 1362, del Código Civil salvadoreño, siempre y cuando se haya indicado tal condición en el contrato de donación, debe de restituirse, salvo que haya sido puesta a favor del acreedor sin embargo la puede renunciar pero debe de declarar su determinación si el deudor lo exige. Se puede solicitar el cumplimiento de contrato, con indemnización de perjuicio. Para poder resolverse la enajenación o gravamen de un inmueble que se encuentre bajo condición, debe de constar en escritura pública e inscrito en el Registro de la Propiedad.

La *nulidad de la donación de un inmueble si no se hace en escritura pública*, de acuerdo con los arts. 670 - 672, 1279, 1280 del Código Civil de El Salvador y art. 34, inc. 1 y 2 de la Ley de Notariado, en caso de no cumplir con las formalidades, de ser otorgada la escritura pública e inscrita en el registro correspondiente es absolutamente nula.

La *revocación por ingratitud*, en relación con los numerales 969-973, 992, 1206, 1208, 1299, 1300-1303 del Código Civil salvadoreño, la donación entre vivos puede revocarse por ingratitud cuando el donatario realice cualquier hecho ofensivo, lo cual, lo hace indigno de heredar del donador y el donatario está obligado a restituir lo donado, por ser considerado poseedor de mala fe. Prescribe a los 4 años, desde que el donante tiene conocimiento del hecho ofensivo y se extingue con la muerte de éste, pero sí ha sido intestado en vida del donante, o si produjo el hecho ofensivo la muerte del donante, se ejecuta después de ella y la acción revocatoria se transmite a los herederos. No dará acción contra terceros poseedores, ni extinción de hipoteca servidumbres u otros, a excepción cuando la escritura pública de donación se ha prohibido enajenar o se expresa tal condición. Cuando se ha notificado a los terceros interesados que se proponen intentar la acción resolutoria, rescisoria o revocatoria contra el donatario, pero antes de las enajenaciones o la constitución de los derechos de la donación, además, cuando se enajenan los bienes donados o constituir los derechos o tener hijos del donante después de intentar a la acción revocatoria. Cuando el donante no hace uso de la acción contra

terceros puede exigir al donatario el precio de las cosas enajenadas pero al valor de la fecha de la enajenación.

3.3. Nulidades del contrato de donación en Guatemala

La *nulidad absoluta* de la donación se da cuando se omiten las formalidades esenciales de los instrumentos públicos, (art. 32 Código de Notariado y arts. 1301 y 1302 del Código civil Guatemalteco), además, se puede declarar de oficio y prescribe a los 4 años.

La *nulidad de la donación efectuada por cónyuge supérstite*, en este sentido el Código Civil de Guatemala no hace mención al respecto. Sin embargo, se menciona conforme a los arts. 124, 127, 140 y 1078 del Código Civil guatemalteco, cuando el cónyuge sobreviviente, obtiene el 50% de los gananciales, no tiene derecho a participar en la sucesión, por lo tanto, los herederos en primer lugar serían los hijos, también los adoptivos, quienes heredarán en partes iguales, si los gananciales del cónyuge sobreviviente es menor a la cuota hereditaria tendrá derecho a que le completen un monto equiparable a la cuota y se debe deducir de la diferencia de la más hereditaria.

La *nulidad de la donación por vicios del consentimiento es relativa y no declarable de oficio*, además, prescribe a los 2 años, a menos que la ley indique otra cosa, según los arts. 1257 - 1268, 1312 del Código Civil de Guatemala.

La *ausencia física del donatario en su constitución no produce nulidad*, ya que, los arts. 1856, 1857 y 1858 del Código Civil guatemalteco, señala que puede el donatario aceptar la donación al momento de escriturar o en su defecto lo puede hacer posteriormente, sólo que debe notificar de tal situación al donante. Ahora bien, si el donante muere antes que el donatario haya aceptado la donación, el donatario puede aceptar aunque haya fallecido el donante y los herederos de éste, están obligados a entregar la cosa donada, pero si muere el donatario antes de aceptar la donación, queda sin efecto y sus herederos no podrán pedir al donante lo donado. Parte de las formalidades de la donación es llevarse a cabo en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad (art. 1862 Código Civil de Guatemala).

El Código Civil de Guatemala, permite tres tipos diferentes de donación: La gratuita, la onerosa y la remuneratoria. Es gratuita cuando el provecho es para una parte, es onerosa cuando se impone el hacer algo, verbigracia, dar una mensualidad al donante, dar alimentos, entre otros y es remuneratoria cuando el donatario le brinda un servicio al donante. Es válida la donación otorgar con condición resolutoria, según los arts. 738, 1138, 1147, 1278, 1535, 1581 y 1582 del Código Civil guatemalteco.

La *nulidad de la donación de un inmueble si no se hace en escritura pública*, violentándose dicho requisito, y además, el ser inscribible en el Registro de la Propiedad, lo cual son las formalidades de la donación, de conformidad con el art. 1862 del Código Civil de Guatemala, por tal razón, sería absolutamente nulo.

La *revocación por ingratitud* según el art. 1866 del Código Civil guatemalteco, se puede llevar a cabo en las donaciones gratuita y onerosa porque constituye una donación efectiva, la ejerce el donante y es irrenunciable, se otorga cuando el donatario comete algún delito contra la persona la honra los bienes del donante su cónyuge, conviviente de hecho, sus ascendientes o descendientes, además, si denunció a causa de algún delito al donante, su cónyuge conviviente de hechos, sus ascendientes o

descendientes, también por negarse indebidamente a alimentar al donante que carezca de bienes, si lo desampara o abandona cuando necesita asistencia. La revocación puede hacerse contra el donatario, en caso de que lo haya hecho antes de su muerte se puede continuar con los herederos.

3.4. Nulidades del contrato de donación en Panamá

La *nulidad absoluta*, se da cuando faltan condiciones esenciales para la formación o existencia del contrato de donación, por lo tanto, a falta de requisitos o formalidades que exige la ley y cuando lo celebran personas absolutamente incapaces, ya que, es absolutamente nulo, además, puede declararse de oficio. No podría ser solicitada ni declarada después de 15 años de celebrado el contrato y la rescisión dura 4 años, según los arts. 1141, 1143, 1151 del Código Civil panameño.

La *nulidad de la donación efectuada por cónyuge supérstite, de conformidad con el art. 957 del Código Civil de Panamá*, en caso de realizar donaciones a varias personas conjuntamente, será en partes iguales, excepto, las donaciones hechas conjuntamente a marido y mujer a menos que se disponga lo contrario.

La *nulidad de la donación por vicios del consentimiento es relativa y no declarable de oficio*, según los arts. 1109, 1116, 1117, 1131, 1142, 1144 del Código Civil panameño, debe ser solicitado por las partes o sus representantes y pueden ser subsanadas por la ratificación o confirmación, además, prescribe a los 4 años.

La *ausencias física del donatario en su constitución no produce nulidad*, arts. 939, 940, 943 y 954 del Código Civil de Panamá, puede recibir donación la persona que por sus méritos o servicios prestados al donante, pero que no sean una deudas exigibles, también si se le impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado. El Código Civil panameño contiene 3 tipos de donaciones la gratuita la onerosa y la remuneratoria. El donatario debe aceptar la donación por sí mismo o por medio de persona autorizada por un poder especial o poder general, también, están obligadas a notificar y anotar la donación para que sea válida, además, la aceptación se puede hacer en el mismo acto de la escritura o en otra separada pero surtirá efectos si la aceptación se hace en vida del donante, por otro lado, si se hace la aceptación en escritura separada se debe de notificar al donante y se debe anotar en ambas escrituras la diligencia.

Conforme a los arts. 496, 998, 1570, 1591 del Código Civil de Panamá, se permite la donación otorgada con *condición resolutoria*, inclusive surtirá efectos en cuanto al tercero hasta que en el Registro de la Propiedad se haga constar el cumplimiento de la condición.

La *nulidad de la donación de un inmueble si no se hace en escritura pública*, pues para que sea válida la donación debe, además de hacerse en escritura pública, detallar cada uno de los bienes y el valor de las cargas que debe satisfacer el donatario, de conformidad con los arts. 954, 1131 del Código Civil panameño.

La *revocación por ingratitud*, según los arts. 965, 966, 969 y 970 del Código Civil de Panamá, se puede llevar a cabo cuando el donatario comete el delito contra la persona, la honra o los bienes del donante o de su cónyuge ascendiente o descendiente, si le imputa un delito que llevaría a un procedimiento de oficio o acusación pública, aunque lo pruebe, en los que cometiera contra el donatario, su mujer, los hijos constituidos bajo su autoridad, o si le niega los alimentos. Revocada la donación

subsistirán las enajenaciones hipotecas previas, pero las posteriores serán nulas. La acción prescribe al año después que el donante tuvo conocimiento para ejercitar la acción. No puede renunciarse anticipadamente, no se transmite a los herederos del donante, en caso que el donante no lo hubiese ejercido, tampoco se ejerce contra el heredero del donatario, a menos que hubiese interpuesto la demanda antes de la muerte del donatario.

3.5. Similitudes y diferencias de las nulidades del contrato de donación en los países en estudio

Existen similitud en relación con la nulidad absoluta en Costa Rica, El Salvador, Guatemala y Panamá a falta de requisitos esenciales, como ser otorgado en escritura pública, también puede ser declarada de oficio. Se dan diferencias en relación con los años de prescripción.

En cuanto a la nulidad de la donación efectuada por cónyuge supérstite en Guatemala y Costa Rica tienen similitud pues reconocen el 50% de los gananciales de la unión matrimonial del cónyuge sobreviviente, además, tanto Costa Rica como Guatemala, mencionan que, en caso de no tener derecho a participar en la sucesión al cónyuge sobreviviente le corresponde a los herederos. El Código Civil salvadoreño en este particular, se refiere a las donaciones en escritura pública y la escritura de capitulaciones que no requiera otra escritura. Por su parte, el Código Civil panameño hace mención a las donaciones hechas conjuntamente a marido y mujer a menos que se disponga lo contrario.

Concurren similitudes en Costa Rica, El Salvador, Guatemala y Panamá en la nulidad de la donación por vicios del consentimiento, el cual es relativa y no declarable de oficio; Costa Rica, El Salvador y Panamá coinciden en la prescripción de la nulidad relativa, esto es 4 años, pero en Guatemala la prescripción de la nulidad relativa es de 2 años.

La ausencia física del donatario en su constitución no produce nulidad, es así en Costa Rica, El Salvador, Guatemala y Panamá, ya que se puede aceptar la donación posteriormente. En relación con la aceptación en Costa Rica y Panamá el donador debe de estar vivo para que el donatario pueda realizar la aceptación. En el caso de El Salvador si fallece el donador antes de la aceptación del donatario, la donación es un testamento. El Salvador tiene la particularidad que el donatario puede aceptar bajo representación, ya sea por poder especial o poder general para administrar sus bienes, por un representante legal, pero si puede aceptar por el donatario sin poder especial, ni general, ni representación legal cualquier ascendiente o descendiente legítimo suyo que sea capaz de contratar y obligarse. Con respecto a Guatemala, si el donante fallece antes de que el donatario acepte la donación, el donatario puede aceptarla aunque haya fallecido el donante y los herederos de éste, están obligados a entregar la cosa donada, pero si el donatario fallece antes de aceptar la donación queda sin efecto y sus herederos no podrán pedir al donante lo donado.

En El Salvador, Guatemala y Panamá coinciden en tener tres tipos de donación, la gratuita, la onerosa y la remuneratoria. En Costa Rica, la donación onerosa no es donación.

Para El Salvador, Guatemala y Panamá convergen al permitir la donación otorgada con condición resolutoria, mientras que en Costa Rica la condición resolutoria es absolutamente nula.

Confluyen Costa Rica, Salvador, Guatemala y Panamá, en cuanto a la nulidad de la donación de un inmueble si no se hace en escritura pública.

Coinciden Costa Rica, El Salvador, Guatemala y Panamá en relación con la revocación por ingratitud, cuando se cometan hechos ofensivos contra el donador, sus padres, consorte e hijos, también, si el donatario acusa o denuncia al donador, su consorte, padre o hijos.

4. Los sistemas notariales en los países en estudio

En los sistemas notariales existen cuatro sistemas, a saber: el notariado de Testigos profesionales o Sistema Sajón, el notariado de funcionarios judiciales, el notariado de funcionarios administrativos y el notariado de profesionales independientes o sistema latino o francés, el cual es al que pertenecen los países en estudio, verbigracias, “El Salvador, Guatemala, Panamá y Costa Rica,”¹⁷⁰ entre otros. Es por esta razón, que se reseñará las generalidades del Sistema Notarial Latino.

Según De Prada (1994, 92), el Notariado tipo Latino, tuvo sus orígenes en Roma, en las ciudades italianas, con el progreso económico de los siglos XIII y XIV, y se populariza al mundo continental, conectándose con los llamados países germánicos. Con la codificación del Código de Napoleón se instaura en Europa, América latina y en épocas recientes se extiende hacia África, con influencia francesa, superada la fiebre anticolonialista y en los países eslavos que han visto en este modelo de notariado un poderoso pilar en la integración a una economía comercial.

La Unión Internacional del Notariado, aprobó en la Asamblea de Notariados miembros, en Roma, Italia, el 8 de noviembre de 2005, los principios fundamentales del sistema de notariado de tipo latino, donde señala que *el Notario es un profesional del derecho, titular de una función pública, nombrado por el Estado para conferir autenticidad a los actos y negocios jurídicos contenidos en los documentos que redacta, así como para aconsejar y asesorar a los requirentes de sus servicios.*

La función notarial es una función pública, por lo que el Notario tiene la autoridad del Estado. Es ejercida de forma imparcial e independiente, sin estar situada jerárquicamente entre los funcionarios del Estado.

La función notarial se extiende a todas las actividades jurídicas no contenciosas, confiere al usuario seguridad jurídica, evita posibles litigios y conflictos, que puede resolver por medio del ejercicio de la mediación jurídica y es un instrumento indispensable para la administración de una buena justicia.¹⁷¹

En este sistema el número de notarías puede ser limitado o ilimitado. Lo primero se conoce como “notariado de número o numerario” que se sigue actualmente en muchos países de Europa y Latinoamérica, entre ellos Panamá. Cada circunscripción

170. Oscar A. Salas, *Derecho notarial de Centroamérica y Panamá*, San José, Costa Rica: Editorial Costa Rica, 1973, 61.

171. Unión Nacional del Notariado, “Principios fundamentales,” *Unión Internacional del Notariado*, última actualización 31 de octubre, Consultado 19 de octubre 2019, <https://www.uinl.org/principio-fundamentales>.

territorial tiene asignado un número fijo de notarios. En algunos países (España entre ellos), la obtención del cargo se logra a través de un riguroso concurso de oposiciones, en otros por libre nombramiento. Las ventajas del notariado numerario son grandes ya que, por ser limitado su número y convertirse en una profesión lucrativa, se puede exigir a los notarios dedicación exclusiva a su función, prohibiéndoles litigar, ocupar cargos públicos, o dedicarse simultáneamente a otras actividades. Como desventaja se apunta el hecho de que, por ser un número fijo, resulta un privilegio reservado a unos pocos, frecuentemente escogidos por razones de índole política, y que facilita las enajenaciones simuladas de los cargos.

El número ilimitado de notarías se denomina “notariado libre”. Este es el sistema que se usa en Centroamérica. Quienquiera que reúna los requisitos de ley puede ejercer el notariado. Casi todos los que ejercen la abogacía son a la vez notarios y, por consiguiente, éstos no constituyen una clase profesional aparte.¹⁷²

5. Los Sistemas Registrales

Posiblemente en ninguna Constitución Política de Centroamérica existan preceptos expresos en relación al Derecho Registral o Notarial. Sin embargo, a partir de la configuración del Estado social y Democrático de Derecho, es posible encontrar la existencia de normas jurídicas que tutelan, en distinta forma, los regímenes jurídicos de las propiedades y otros derechos reales, sobre los cuales, sin la menor duda, se ha recibido una gran influencia internacional, a partir del carácter Universal de los derechos humanos.¹⁷³

Los sistemas registrales nacen a la vida jurídica por la necesidad de los actos constitutivos que la ley indica, se deben inscribir en los registros correspondientes, de esta manera, se garantiza la seguridad jurídica, notarial y registral, a través de la publicidad, inscripción, transmisión, etc., de los derechos reales sobre fincas y garantías de ciertos derechos personales o de crédito por medio del registro de propiedad.

5.1. El Sistema Registral de Costa Rica

El Registro Nacional de Costa Rica se creó mediante la Ley #5695 del 28 de mayo de 1975, reformada por las leyes #5990, de 27 de octubre de 1976, y #6934 de 28 de noviembre de 1983. En el art. 3 se señala por quien va a estar dirigido el Registro Nacional, a saber, por una Junta Administrativa que tendrá personalidad jurídica para el cumplimiento de los fines de dicha Ley. Además, en el art. 173 del Código Notarial se reforma la Ley de Creación del Registro Nacional; en el art. 4, se indica que la Junta Administrativa *estará integrada por siete miembros: el Ministro de Justicia, quien la presidirá; un notario en ejercicio, de reconocida experiencia, nombrado por el Ministro de Justicia y Gracia; el Director Nacional de Notariado, y un representante de cada uno de los siguientes organismos: Procuraduría General de la República, Colegio de Abogados de Costa Rica, Colegios de Ingenieros Topógrafos y el Instituto Costarricense de Derecho Notarial. Para cada miembro se designará a un suplente.*¹⁷⁴

172. Oscar A. Salas, “Derecho notarial de Centroamérica y Panamá,” 61.

173. Enrique Napoleón Ulate Chacón, “Criterios registrales y la fe pública registral (Costa Rica),” *Revista de IUDEX*, no. 4 (agosto, 2016): 53.

174. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, No. 5695: Ley de Creación de Registro Nacional; 28 de mayo, 1975 (San José, Costa Rica: Imprenta Nacional, 2013), 4.

Para 1978, al separarse Justicia del Ministerio de Gobernación, el Registro Nacional pasa a formar parte del Ministerio de Justicia y Gracia, conforme a reforma de la Ley #6934 del 28 de noviembre 1983, se modificaron los arts. 1, 2, 4, 5 y 6, relacionado con los fines del Registro Nacional, el cual son “unificar criterios en materia de registro, coordinar las funciones, facilitar los trámites a los usuarios, agilizar las labores y mejorar las técnicas de inscripción; para todo lo cual se modernizarán los sistemas,”¹⁷⁵ Asimismo, el Registro Público en la mencionada ley incluye otros registros.¹⁷⁶ Es relevante destacar el período comprendido de 1979 y 1980, ya que, a partir de mayo de 1979, surge el nuevo sistema de inscripción registral, designado, “Folio Real,”¹⁷⁷ también, aunado a ello, se inició para esa época la construcción del nuevo edificio que hoy día alberga a todas las dependencias que conforman el actual Registro Nacional.

Es de importancia señalar que el gobierno costarricense tomó la decisión de crear el Programa de Regularización de Catastro y Registro con el objetivo de generar la información requerida para dar seguridad jurídica sobre los bienes inmuebles a los sectores públicos y privados. Costa Rica con la ayuda del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), financió la ejecución del Programa de Regularización del Catastro y Registro Nacional, mediante Convenio de Préstamo No. 1248/OC-CR.¹⁷⁸ El principal objetivo del programa fue el mejoramiento de la seguridad jurídica de los derechos sobre la propiedad inmueble, que busca contribuir a mejorar el clima para la realización de las inversiones públicas y privadas en Costa Rica.

5.2. El Sistema Registral de El Salvador

El Centro Nacional de Registros fue creado el 5 de diciembre de 1994, como una entidad descentralizada adscrita al Ministerio de Justicia, con el objetivo de organizar y administrar el sistema registral y catastral del país salvadoreño. El 5 de octubre de 1995, el CNR asume las funciones de la antigua Dirección General de Registros y del Instituto Geográfico Nacional, son transferidos los recursos a dichas Instituciones; así como la capacidad de captar los fondos operativos para garantizar su auto sostenibilidad. Es ese año se fusionan el Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas (creado el 26 de mayo de 1881), el Instituto Geográfico Nacional (creado en 1946), llamándose Instituto Geográfico y del Catastro Nacional en 2004; el Registro de Comercio (creado el 1 de

175. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “No. 5695: Ley de Creación de Registro Nacional; 28 de mayo, 1975” 1.

176. Propiedad inmueble, hipotecas, cédulas hipotecarias, propiedad horizontal, arrendamientos, personas, mercantil, asociaciones, medios de difusión y agencias de publicidad; el Registro de Bienes Muebles, que incluye lo relativo a prendas y a vehículos; el Registro de la propiedad Industrial, que comprende, además, lo concerniente a patentes de invención y marcas de ganado; y el Catastro Nacional.

177. Basado en el trípede creado por la memoria de un computador, la microfilmación y la representación gráfica del folio real, lo que, sin duda alguna, colocó al sistema registral costarricense como el más avanzado. Registro Nacional de Costa Rica, *Manual de organización Registro Nacional 6 versión*, (San José, Costa Rica: Registro Nacional de Costa Rica, 2016), 6.

178. Sistema Costarricense de Información Jurídica, “Convenio de Préstamo no. 1284/OC-CR “Programa de Regularización del Catastro y Registro,” entre la República de Costa Rica y el Banco Interamericano de Desarrollo: no. 8154: 1 de febrero, 2001,” *Sistema Costarricense de Información Jurídica*. Consultado 02 de agosto, 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=47610&nValor3=50517&strTipM=TC

julio de 1973) y el Registro Social de Inmuebles (creado el 5 de abril de 1991) de esta manera se consolidan las funciones registrales en una sola institución. En 1999, el CNR se convierte en una unidad descentralizada adscrita al Ministerio de Economía, goza de autonomía administrativa y financiera y el Director Ejecutivo, sería nombrado directamente por el Presidente de la República. El CNR, el 17 de julio de 2002, para dar cumplimiento a la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos, se abstraen las funciones a la propiedad intelectual del Registro de Comercio y se creó el Registro de la Propiedad Intelectual. Al entrar en vigencia en el 2013, la Ley de Registros de Garantías Mobiliarias, el CNR crea el Registro de Garantías Mobiliarias, inaugurado el 14 de octubre de 2014. *El Archivo Central dado su carácter recibe regularmente transferencias de distintos órganos de la administración central. Para estas transferencias se ha establecido unas pautas o normas a seguir y en el depósito se resguarda la documentación generada por las diferentes áreas que apoyan el funcionamiento de la institución. Por su parte, la gestión de documentos que se realiza en las áreas sustantivas del CNR, tiene su origen con la presentación de documentos para su inscripción, y que posteriormente son ordenados y resguardados en libros, expedientes u otros medios en los archivos especializados correspondientes, según la naturaleza del trámite realizado. Los archivos especializados son: Archivo de Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas, Archivo de Comercio, Archivo de Propiedad Intelectual, Archivo Cartográfico, Archivo Catastral y Archivo de Garantías Mobiliarias. La documentación custodiada es única y de gran valor ya que por medio de ella se da cumplimiento a la finalidad de brindar seguridad jurídica de los bienes, las empresas y los inmuebles en El Salvador.*¹⁷⁹

5.3. El Sistema Registral de Guatemala

*El inicio del funcionamiento del Registro General de la Propiedad en Guatemala data de la época del General Justo Rufino Barrios, en el año 1877. A través de los años y atendiendo las necesidades de cada época, se fueron creando registros en otros departamentos y a su vez eliminando registros de otros, hasta llegar hoy en día, más de 140 años después de su creación, a tener dos registros, el Registro General de la Zona Central, con carácter de Registro General, con sede en la ciudad de Guatemala y el Segundo Registro de la Propiedad con sede en Quetzaltenango.*¹⁸⁰

Efectuadas las modificaciones estructurales y la implementación de tecnología informática, el Registro General de la Propiedad ofrece hoy en día, servicios ágiles, y acertados en el cumplimiento de sus funciones, garantizando a los usuarios la seguridad jurídica registral.

Desde 1996, se ha ido modernizando el Registro de la Propiedad (se implementa un sistema operativo electrónico y digitalización de libros físicos), pero es hasta el 2004 que se evidencia con la remodelación de sus instalaciones físicas y el equipo utilizado, revisando los procesos integralmente, permitiendo una atención y servicio ágil hacia los usuarios y la sociedad guatemalteca.

179. Centro Nacional de Registros (El Salvador), *Guía de archivos del Centro Nacional de Registros*, (San Salvador, El Salvador: Centro Nacional de Registros (El Salvador), 2019), 9-10.

180. Registro General de la Propiedad, "Historia del Registro General de la Propiedad," *Registro General de la Propiedad*, consultado 31 de mayo, 2020, <https://www.rgp.org.gt/web/registro/historia>

Las funciones del Registro son: 1. *Inscribir los títulos que acrediten el dominio de los inmuebles y de los derechos reales impuestos sobre los mismos; los títulos traslativos de dominio de los inmuebles y en los que se constituyan, reconozcan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, patrimonio familiar, hipoteca, servidumbre y cualesquiera otros derechos reales sobre inmuebles.* 2. *Efectuar la inscripción de ferrocarriles, canales, muelles y obras públicas de índole semejante, así como los buques, naves aéreas y los gravámenes que se impongan sobre cualquiera de estos bienes.* 3. *Registrar las concesiones otorgadas por el Ejecutivo para el aprovechamiento de las aguas nacionales, explotación de la actividad minera y otras inscripciones especiales.* 4. *Llevar el registro de los testamentos que se otorguen y también control de avisos notariales que se presenten.*¹⁸¹

5.4. El Sistema Registral de Panamá

El Registro Público de Panamá (RPP) se creó mediante Ley N° 13 del 27 de enero de 1913 como una dependencia de la Secretaría de Gobierno y Justicia. Mediante Ley N° 3 del 6 de enero de 1999 se crea como entidad Autónoma denominada RPP adquiriendo personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía interna tanto administrativa, funcional, presupuestaria y financiera, sometido a las políticas, orientación e inspección del Órgano Ejecutivo y la fiscalización de la Contraloría General de la República.

Hoy día el RPP, cuenta con nuevas instalaciones en la Sede Central y “con oficinas regionales en Chiriquí, Veraguas, Bocas del Toro, Herrera, Coclé, Los Santos, Panamá Norte, Colón, Panamá Oeste y la reciente inauguración regional de Metetí en Darién,”¹⁸² además, de una estructura organizacional sólida ofreciendo un mejor servicio, cumpliendo siempre con el lema de transparencia y confiabilidad registral.

El art. 1753 del Código Civil panameño reza: *El Registro Público tiene los objetos siguientes: 1. Servir de medio de constitución y de transmisión del dominio de los bienes inmuebles y de otros derechos reales constituidos en ellos; 2. Dar eficacia y publicidad a los actos y contratos que le imponen gravámenes o limitaciones al dominio de los mismos bienes; 3. Establecer de modo fehaciente todo lo relativo a la capacidad de las personas naturales, a la constitución, transformación o extinción de personas jurídicas, a toda clase de mandatos generales y a todas las representaciones legales; y 4. Dar mayores garantías de autenticidad y seguridad a los documentos, títulos o actos que deben registrarse.*¹⁸³

Su misión es “la actualización, recopilación, integración y certificación de la autenticidad de los documentos, títulos y actos registrados para ofrecer seguridad jurídica de la propiedad privada a los usuarios. Además, conserva y custodia

181. Registro General de la Propiedad, “Funciones institucionales,” *Registro General de la Propiedad*, consultado 31 de mayo, 2020, <https://www.rgp.org.gt/web/registro/funciones-institucionales>

182. Registro Público de Panamá, *Memoria 2016- 2017*, (Ciudad de Panamá, Panamá: Registro Público de Panamá, 2017), 8.

183. Asamblea Nacional de Panamá, “Código Civil de la República de Panamá: Ley N.º 2; 22 de agosto, 1916,” *La Gaceta*, no. 2404 (22 de agosto, 1916): 1753.

documentación histórica del país, y mantiene un sistema registral tecnológico, eficiente, eficaz e innovador.”¹⁸⁴

6. Requisitos de la escritura de donación en la legislación costarricense

Los requisitos generales de la escritura de donación son: se debe realizar la comparecencia en escritura pública indicando todas las calidades completas del donante y del donatario, es gratuita. La comparecencia del donatario no es necesaria en el mismo acto, puesto que, el donante puede realizar la donación, y el donatario tiene un año a partir de la fecha de escritura para aceptarla, es importante recalcar que, no surte efectos si no se hace en vida del donante. Para la inscripción de la escritura de donación es indispensable el trámite conjunto de ambos documentos. Todo lo anterior conforme a los artículos 450, 1394, 1397, 1399 del Código Civil de Costa Rica, artículo 83 del Código Notarial de Costa Rica y artículo 51, inc. f), del Reglamento del Registro Público de Costa Rica.

Es obligatorio dar las citas del inmueble o inmuebles que se donan, e indicar la descripción completa, conforme al artículo 88 del Código Notarial costarricense y el artículo 51, inc. g), del Reglamento del Registro Público de Costa Rica. En caso de donar un derecho, se debe indicar la submatrícula. Se tiene que estimar la donación. Si fueran varios inmuebles a donar, se tiene que dar la estimación independiente de cada uno de los inmuebles, según el artículo 2, inc. b), de la Ley de Aranceles costarricense. En caso de donar a varios donatarios, se debe dar la proporcionalidad en que se adquiere el inmueble, principio de especialidad, artículo 67 del Reglamento del Registro Público de Costa Rica.

Número de plano catastrado, artículo 30 de la Ley del Catastro Nacional costarricense. En casos de representación se debe exhibir un poder especialísimo, conforme al artículo 1408 del CCCR. Se deben pagar tributos, los cuales, es en función del mayor valor, entre el precio indicado en el contrato y el valor fiscal tributario según el Registro Público de Inmuebles de Costa Rica. En relación con las instituciones autónomas y entes descentralizados, se deben tomar en cuenta, los artículos 30, 31, 34, 83 y 84 del Código Notarial costarricense, los Decretos 14935-J del 20 de octubre de 1983 y 15371-J del 10 de abril de 1984, el artículo 3, inc. I, del Reglamento sobre Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública de Costa Rica, el artículo 158 del Reglamento General de Contratación Administrativa costarricense, el artículo 62 del Código Municipal y artículos 69 y 71 de la Ley de Contratación Administrativa de Costa Rica.

7. Algunos criterios jurisprudenciales en torno a la donación

El Tribunal Agrario de Costa Rica se ha pronunciado en relación con la revocatoria por ingratitud en resolución N° 00827-2008.

IX.- En cuanto al primer y segundo vicios apuntados por el recurrente, afirma no está demostrado él tratara muy mal de palabra y físicamente a su padre, o ejerciera algún acto de ingratitud el día 13 de octubre del 2003, aduce nunca fue su intención lesionar el honor o perjudicar a su padre, siendo más bien su intención impedir que se lesionara. Tales reproches no son de recibo.

184. Juan Carlos Benítez Molina, *La hipoteca centroamericana: origen, posibilidades y retos para su implementación*, (Banco Interamericano de Desarrollo: Sector de Capacidad Institucional y Finanzas, 2011), 58. <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/La-hipoteca-centroamericana-Origen-posibilidades-y-retos-para-su-implementaci%C3%B3n.pdf>

Por el contrario, debe valorarse íntegramente la confesional del señor V.G.A., con las citadas por el recurrente (de S.M.G., D.A.M. y W.G.A.), para determinar que la conducta del demandado fue lo suficientemente grave como para lesionarlo tanto física como en su honor, si bien de conformidad con el numeral 338 del Código Procesal Civil la confesión constituye plena prueba en cuanto a hechos negativos de confesante, en este caso dicha prueba debe ser apreciada objetiva e íntegramente con la restante prueba aportada al proceso teniendo en cuenta que la ingratitud, afecta no sólo el orden social y familiar, sino el estado psíquico y moral de la persona que sufre el agravio, quien en su deposición afirmó: "...Sí es cierto, él era quien me inyectaba la insulina hasta ese día 13 de octubre, día en el cual lo que me inyectó fue una golpiza sin importarle que yo era su padre, sin importarle mi edad y mi estado de salud...Antes del 13 de octubre, el demandado me respetaba. Salvo una vez, dos meses antes de ese 13 de octubre, él me amenazó con que cuidado vendía una madera en la finca de cafetal.- El día 13 de octubre, el demandado puso un candado en el portón de mi finca, y cuando traté de quitar el candado con una barra, me tomó del brazo derecho con su mano izquierda, y con la mano derecha me empezó a golpear principalmente en mi brazo, hasta provocarme hematomas e incluso me salió sangre...Luego de ello, fui a la delegación policial a denunciar la agresión. Posteriormente a esos hechos, el demandado no me volvió a ofender, sólo a mortificar a través de terceras personas....." (folios 442 a 442). De esa declaración se desprende con claridad la configuración de la causal prevista en el artículo 1405 inciso 1 del Código Civil, pues evidentemente esto constituye una "ofensa grave", que sin duda lesionó la condición física y el honor del señor G.A., conducta inexcusable para su hijo, G.Z., frente al tejido social, por el trato dado a su padre, y que sin duda alguno lo hacen incurrir en ingratitud con su comportamiento frente a una persona mayor de edad (noventa años), y con salud delicada. La gravedad del hecho se constata también de las ulteriores declaraciones, así como en el dictamen médico, que dan fe del maltrato sufrido por el actor, y su dolencia interna al punto de que varias personas lo vieron sangrando y llorando.

Otros ejemplos sobre la revocación de la donación por causas de ingratitud, en sentencias N° 00192-2010, N° 00824-2012 y N° 0147-2013. En relación con las nulidades de la donación ver Voto N° 350-F-20.

La Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro, de la República de El Salvador, en relación con la revocatoria por ingratitud en resolución N°. 5-3C-13-A del 30 de noviembre del 2016.

Tenemos, pues, que el artículo mencionado nos señala la regla general: Todas las personas son dignas para suceder. Es por ello que el análisis del requisito de la dignidad para suceder se resuelve en forma negativa, vale decir, por el examen de la excepción a tal regla: LA INDIGNIDAD.

Con todo lo dicho podemos enunciar un concepto de Indignidad en la forma siguiente: Es la sanción que consiste en excluir de la sucesión a un asignatario, como consecuencia de haber cometido actos que importan un grave atentado contra el difunto, o un serio olvido de sus deberes para con éste.

Las causales de indignidad que estudia la doctrina y nuestra ley, son las siguientes: a) Homicidio del causante; b) Participación delictiva contra el causante o sus parientes; c) Ingratitud; d) Disposición testamentaria viciada; e) Ocultación o detención del testamento; f) Omisión del aviso o denuncia del homicidio del causante; g) Falta de socorro jurídico; h) Guardador testamentario que no acepta el cargo; i) Fraude de ley.

Las causales que mencionamos aparecen contempladas de los artículos 969 a 973 del Código Civil, pero además existen otras causales de indignidad diseminadas en el mismo Código, las que corresponden a los artículos 179, 992, 1206 y 1208.

El artículo 969 C. C. comprende cinco causales de indignidad (una causal en cada uno de sus numerales), que constituyen las ofensas más graves que el legislador considera se le pueden inferir al causante, de parte del asignatario, pues son hechos que importan un atentado en contra de la vida y honor del causante, o una ofensa grave contra el mismo al intentar burlar su voluntad.

En relación con la revocación de la donación por causas de ingratitud, ver sentencias N° 1310 S.S. de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República de El Salvador a las 9:00 horas del 30-04-2004, N° 196-CAC-2014, de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República de El Salvador a las 10:13 horas del 16-11-2015 y N° 19-2012, de la Corte Suprema de Justicia Civil de la República de El Salvador del 04-03-2013. Respecto a las nulidades de la donación ver sentencia N° 466-CAC-2017 de la Sala de lo Civil de la República de El Salvador, 11-01-2019.

Corte Suprema de Justicia – Civil de la República de Guatemala, en relación con la revocatoria por ingratitud en Sentencia N° 19-2012 del 4 de marzo de 2013.

En el presente caso, esta Cámara, luego del estudio de los argumentos esgrimidos por las partes, de la sentencia recurrida, y específicamente la escritura pública número doscientos nueve (209) autorizada por el notario J.A.R.P. el veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y nueve, que contiene el contrato de donación de bien inmueble con reserva de usufructo vitalicio, estima que la Sala Regional Mixta de la Corte de Apelaciones de la Antigua Guatemala, departamento de Sacatepéquez, al apreciar dicho documento comete error de hecho al tergiversar el contenido del mismo, ya que niega una circunstancia que la prueba sí demuestra, extrayendo conclusiones que no se deducen de su contenido, como lo es que aunque el donante se haya reservado el usufructo vitalicio sobre el inmueble donado, eso no significa que no pueda originarse la revocación de la donación por causas de ingratitud, como aseveró la Sala sentenciadora; además, se incurre en una apreciación falsa cuando se indica que por el simple hecho de haberse reservado el usufructo vitalicio, ya cuenta el donante con medios de subsistencia, ya que el hecho mismo del usufructo no da la certeza de ese extremo, y tampoco puede considerarse condición o limitante para impedir que el donante deje sin efecto la donación, ya que esta es una facultad personal e irrenunciable. El donante acudió a su hijo solicitando ayuda y al no brindarla, le asistía la razón para plantear revocación de la donación; asimismo, su hijo omitió probar que no fuera cierta la negatoria de brindarle ayuda a su señor padre o que éste no se la requiriera. Por lo anteriormente expuesto, esta Cámara considera que la Sala sentenciadora comete error de hecho al apreciar la escritura relacionada ut supra, por tergiversar su contenido, por lo que debe casarse la sentencia impugnada y dictar la que en derecho corresponde...

También, se puede consultar en correlación a la revocatoria por ingratitud el expediente de la Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala N° 3840-2016 del 9 de febrero del 2016, el expediente de la Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala N° 1629-2017 del 6 de diciembre del 2017 y el expediente de la Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala N° 1475-2012 del 2 de agosto del 2012. En relación con las nulidades de la donación ver sentencia N° 457-2009 de la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República de Guatemala, 28-05-2009.

Sentencia Civil de Corte Suprema de Justicia (Pleno), 1° de lo Civil, 1 de octubre de 2008, de la República de Panamá, en relación con la revocatoria por ingratitud en Sentencia, 1 de octubre de 2008.

Esta irrevocabilidad que establece la ley únicamente podrá ser invalidada por el donante entre otras cosas, POR CAUSA DE INGRATITUD o Delito del o de los donatarios, situación ésta que no ha sido probada en este caso y que sin embargo el donante quiere hacer ver mediante su solicitud de cancelación por edicto que esta (sic) plenamente probado cuando no es así."
De seguido cita parte de una monografía sobre los actos propios del magistrado E.S. (q.e.p.d.), para respaldar su argumento.

Concluye calificando de malintencionada la conducta del donante que, a su entender, es un maltrato psicológico a las donatarias.

De paso, le atribuye al donante la responsabilidad de aportar los paz y salvos de IDAAN y de inmueble, por ello alega que tales ausencias no deben perjudicar a las donatarias.

En síntesis, el contenido del recurso dirigido contra este auto se centra básicamente en la irrevocabilidad de una donación, en que las causas que consagra la Ley para invalidarla, en este caso, no han sido probadas y en objetar, por malintencionada, la conducta del donante. Al final de este escrito la apoderada judicial de las donatarias apelantes, pide la revocatoria del auto "que decreta la cancelación por edicto de la donación realizada por ... y en consecuencia sea inscrita ..."

Otro ejemplo sobre la revocación de la donación por causas de ingratitud, en la Corte Suprema de Justicia de Panamá de la Sala Primera de lo Civil en el expediente N° 106-2011, del 1 de agosto de 2011. Respecto a las nulidades de la donación ver Sentencia Civil de la Corte Suprema de Justicia (Pleno), de la República de Panamá, 1ª de lo Civil, 30 de julio de 2015.

8. Conclusión

Tal como se observo en el trabajo, el contrato de donación debe cumplir con requisitos y formalidades (ad solemnitatem), a saber, que conste en escritura pública, ergo de no ser así, sería absolutamente nulo. Colige que al celebrar un contrato de donación y éste adolece de un vicio, será valido jurídicamente y producirá efectos jurídicos, hasta tanto nos se declare la nulidad. Al vilipendiar los requisitos, formalidades y/o solemnidades esenciales, por lo cual, se deben acatar en la celebración del mismo, pues a falta de éstos el instrumento se considera viciado y se puede solicitar ante un juez competente la declaratoria de nulidad, el cual, puede ser absoluta o relativa.

Se logró cumplir el principal propósito, el cual radicaba en dar a conocer las similitudes y diferencias que rodean las nulidades del contrato de donación, conforme al Código Civil, según las formalidades sustanciales y ad-solemnitatem, en los países en estudio, tales como, Costa Rica, El Salvador, Guatemala y Panamá.

Se obtuvieron datos relevantes de las similitudes del contrato de donación en vista de las formalidades sustanciales, estamos en presencia de ella desde el momento en que el dueño hace entrega y el adquirente toma posesión de la cosa, es cuando se realiza la tradición, está es una formalidad sustancial y ad-solemnitatem se dan al otorgarse el contrato de donación en escritura pública e inscribible en el Registro de la Propiedad.

Se cumplieron los objetivos generales y específicos a cabalidad, además se transcribieron las resoluciones de interés.

Una vez examinado el trabajo, se logra determinar las similitudes y diferencias encontradas en las nulidades del contrato de donación, lo cual, nos demuestra que existen más semejanzas que diferencias en ese sentido. Por lo tanto, se podría realizar una integración de las nulidades del contrato de donación con la finalidad que en caso de llevarse a cabo contratos de donación en los países de la Región Centroamericana, se puedan observar las nulidades absolutas y relativos con el objetivo que sean validos los instrumentos públicos otorgados en los países en estudio.

En síntesis, para allanar el camino a una unificación Centroamericana de los criterios de donación, se deben realizar reformas a los Códigos Civiles a nivel

legislativo en los siguientes puntos: años de prescripción de la nulidad relativa, la aceptación de la donación y la condición resolutoria.

9. Bibliografía

- Alemán Monterreal, Ana. "En: CD Memorias de la IX Jornada Internacional de Derecho de Contratos." La Habana. 27 al 29 de enero. 2010.
- Archivo Nacional de Costa Rica. "Aquí vive la historia." *Archivo Nacional de Costa Rica*. Última actualización 31 de octubre. Consultado 19 de octubre 2019, <http://www.archivonacional.go.cr/>
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. No. 5695: *Ley de Creación de Registro Nacional; 28 de mayo, 1975*. San José, Costa Rica: Imprenta Nacional, 2013.
- Asamblea Nacional de Panamá. "Código Civil de la República de Panamá: Ley N.º 2; 22 de agosto, 1916." *La Gaceta*. no. 2404 (22 de agosto, 1916): 1-1802.
- Barrios, Gerardo. *Código Civil de la República de El Salvador*. Consultado 16 de octubre 2019. https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_El_Salvador.pdf
- Barrios Gonzáles, Boris. *Derecho Notarial Panameño*. Consultado 16 de octubre 2019. 139300894-derecho-notarial-panameño.pdf.
- Baudrit Carrillo, Diego. "El contrato, acto jurídico (Costa Rica)." *Revista de Ciencias Jurídicas*, no. 54 (1985): 117-126.
- Baudrit Carrillo, Diego. "La validez del donativo manual: comentario de dos sentencias de la Corte de Casación (Costa Rica)." *Revista de Ciencias Jurídicas*, no. 44 (julio, 1981): 49-62.
- Benítez Molina, Juan Carlos. *La hipoteca centroamericana: origen, posibilidades y retos para su implementación*. Banco Interamericano de Desarrollo: Sector de Capacidad Institucional y Finanzas, 2011. <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/La-hipoteca-centroamericana-Origen-posibilidades-y-retos-para-su-implementaci%C3%B3n.pdf>
- Brenes Córdoba, Alberto. *Tratado de los contratos*. San José, Costa Rica: Juricentro, 1998.
- Centro Nacional de Registros (El Salvador). *Guía de archivos del Centro Nacional de Registros*. San Salvador, El Salvador: Centro Nacional de Registros (El Salvador), 2019.
- Colegio de Abogadas y Abogados de Costa Rica. "Historia del Colegio." *Colegio de Abogadas y Abogados de Costa Rica*. Última actualización 31 de octubre. Consultado 19 de octubre 2019, <https://www.abogados.or.cr/resena/>
- Dirección Nacional de Notariado. "Conózcenos." *Dirección Nacional de Notariado*. Última actualización 31 de octubre. Consultado 19 de octubre 2019, <https://www.dnn.go.cr/conozcanos>
- Enciclopedia jurídica. Consultado 27 mayo, 2020. <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/pacta-sunt-servanda/pacta-sunt-servanda.htm>
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Mariela Morales Antoniazzi y Rogelio Flores Pantoja. *Inclusión, Ius commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana en caso Lagos del Campo y nuevos desafíos*. Querétaro, México: IECEQ, 2018.
- Jiménez Bolaños, Jorge. "La obligación civil romana y las garantías del derecho de crédito (Costa Rica)." *Revista Judicial*, no. 109 (setiembre, 2013): 9-21. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31073.pdf>
- Lacruz Berdejo, José Luis, Francisco Sancho, Agustín Luna, Jesús Delgado, Francisco Rivero, Joaquín Rams. *Derecho de Obligaciones, Contratos y Cuasicontratos*. Volumen 3. 2ª ed. Madrid, España: Editorial José María Bosch, 1986.
- Lenel, Otto. *Palingenesia iuris civilis*. Reimpresión 1960, Graz, Akad. Druck u. Verlagsanst, 1889.
- López González, José Alberto compilador. *Código Procesal Civil: con índice temático por artículo y espacio para anotaciones*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro. 2016.
- López Guardiola, Samantha Gabriela. *Derecho Romano I*. Tlalnepantla de Baz, México: Red Tercer Milenio, 2012.
- Méndez, Andrea del Pilar, Alejandro Pedraza Velasco, María Fernanda Vergara, y Maicol Ángulo. "Contrato en Roma." Universidad Autónoma de Bucaramanga, Facultad de Derecho, 2014.

Mendoza Orantes, Ricardo. *Manual de notariado*. San Salvador, El Salvador: Editorial Jurídica Salvadoreña, 2015.

Mora Vargas, Herman y Jaime Weisleder Weisleder. *Código Notarial: con índice temático, tabla simplificada de aranceles de registro, tabla de vigencia de transitorios. Anexos. Lineamientos para el ejercicio y control del Servicio Notarial. Directrices de la Dirección Nacional de Notariado. Resolución sobre los requisitos para la autorización, inscripción y habilitación como notario público*. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S. A., 2013.

Osorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Consultado el 31 de octubre 2019. <http://herrerapenalosa.com/images/biblioteca/Diccionario-de-Ciencias-Juridicas-Politicas-y-Sociales---Manuel-Ossorio.pdf>

Panero Gutiérrez, Ricardo. *Manuales Derecho Romano*. 5ª ed. Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2015.

Pérez Gallardo, Leonardo, coordinador. *Contratos Gratuitos. Biblioteca Iberoamericana de Derecho*. Bogotá, México, D.F. Madrid, Buenos Aires: Editorial Temis S.A, Ubijus, Reus y Zavalía, 2010.

Perotti, Alejandro Daniel, César Ernesto Salazar Grande y Enrique Napoleón Ulate Chacón. *Derecho y doctrina judicial comunitaria. Corte Centroamericana de Justicia y tribunales supremos nacionales*. 3ª ed. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2019.

Poder Ejecutivo de la República de Costa Rica. “Código Civil: No. 63; 28 de septiembre, 1887.” Consultado 25 de mayo, 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=15437

Poder Ejecutivo de la República de Costa Rica. “Reglamento del Registro Público: no. 26771-J; 18 de febrero, 1998.” Sinalevi. Consultado 30 de noviembre 2019, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=55371

Redacción. Concepto definicion. de. Consultado 31 octubre. <https://conceptodefinicion.de/centroamerica/>

Registro General de la Propiedad. “Historia del Registro General de la Propiedad.” *Registro General de la Propiedad*. Consultado 31 de mayo, 2020. <https://www.rgp.org.gt/web/registro/historia>

Registro Nacional de Costa Rica. “Ley de Aranceles del Registro Nacional: no. 4564; 17 de abril, 1998.” Registro Nacional de Costa Rica. Consultado 30 de noviembre, 2019. http://www.registronacional.go.cr/bibl_virtual/

Registro Nacional de Costa Rica . “Ley del Catastro Nacional: no. 6545; 25 de marzo, 1981.” Registro Nacional de Costa Rica. Consultado 30 de noviembre, 2019. http://www.registronacional.go.cr/bibl_virtual/

Registro Nacional de Costa Rica. *Manual de organización Registro Nacional 8 versión*. San José, Costa Rica: Registro Nacional de Costa Rica, 2019.

Registro Público de Panamá. *Memoria 2016- 2017*. Ciudad de Panamá, Panamá: Registro Público de Panamá, 2017.

Rodríguez Garcés, Sergio. “El Abogado y el notariado (Chile).” *Pontificia Universidad Católica de Chile. Revista Chilena de Derecho*, vol. 12. no. 3 (Septiembre - Diciembre 1985): 561-573.

Rodríguez Rescia, Víctor, compilador. *Código de Bustamante: 13 de febrero, 1928: Convención de Derecho Internacional Privado. Declaraciones y Reservas hechas por las Delegaciones y espacios para anotaciones en cada artículo*. San José, Costa Rica: Editorial IJSA, 2014.

Salas, Oscar A. *Derecho notarial de Centroamérica y Panamá*. San José, Costa Rica: Editorial Costa Rica, 1973.

Sigüenza Sigüenza, Gustavo Adolfo. *Código Civil. Decreto- Ley Número 106 Estudios de Derecho Comparado*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Rafael Landívar. Editor y Compilador Sigüenza Sigüenza, Gustavo Adolfo. Ciudad de Guatemala, Guatemala: Instituto de Investigaciones Jurídicas (IJ), 2010.

Sistema Costarricense de Información Jurídica. “Convenio de Préstamo no. 1284/OC-CR “Programa de Regulación del Catastro y Registro,” entre la República de Costa Rica y el Banco Interamericano de Desarrollo: no. 8154: 1 de febrero, 2001.” *Sistema Costarricense de*

Información Jurídica. Consultado 02 de agosto, 2020.

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=47610&nValor3=50517&strTipM=TC

Sistema Costarricense de Información Jurídica. “Ley no. 63: Código Civil: 28 de septiembre, 1887.” *Sistema Costarricense de Información Jurídica*. Consultado 22 de abril, 2020.

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=15437

Ulate Chacón, Enrique Napoleón y Gerardo Bonilla Castro, compiladores *Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante)*. 1er edición. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2018.

Ulate Chacón, Enrique Napoleón. “Criterios registrales y la fe pública registral (Costa Rica).” *Revista de IUDEX*. no. 4 (agosto, 2016): 49-80.

Ulate Chacón, Enrique Napoleón. *Del patrimonio constitucional centroamericano al derecho constitucional centroamericano. Estudios de Derecho Comparado*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Compilador Enrique Napoleón Ulate Chacón. 1^{era} ed. San José, Costa Rica: ISOLMA, 2015.

Unión Nacional del Notariado. “Principios fundamentales.” *Unión Nacional del Notariado*. Última actualización 31 de octubre. Consultado 19 de octubre 2019, <https://www.uinl.org/principio-fundamentales>

Zúñiga Morales, Ulises compilador. *Código Penal: renumerado, concordado, con anotaciones sobre acciones de inconstitucionalidades, índice alfabético y espacios para anotaciones en cada artículo*. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S. A, 2015.

Zúñiga Morales, Ulises compilador. *Código Procesal Penal: concordado, anotaciones sobre acciones de inconstitucionalidades, índice alfabético y espacios para anotaciones en cada artículo. Incluye reforma legal que crea el recurso de apelación contra sentencias de juicio*. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S. A, 2015.

Zweigert, Konrad y Hein Kötz. *Introducción al derecho comparado*. Traducido por Arturo Aparicio. Distrito Federal, México: Editorial mexicana, 2002.

EL PROCESO SUCESORIO NOTARIAL EN LA REGIÓN CENTROAMERICANA

Jacqueline Soto Rivel*¹⁸⁵

SUMARIO. Resumen. **1. Introducción.** **2. Proceso Sucesorio Extrajudicial.** **2.1 Proceso sucesorio extrajudicial en Costa Rica.** 2.1.1. Consideraciones iniciales. 2.1.2. Diferencias y semejanzas entre el proceso sucesorio judicial y notarial. 2.1.3. Formas de suceder. 2.1.3.1. El proceso sucesorio testamentario. 2.1.3.2. El proceso sucesorio ab intestado. 2.1.4. Requisitos y etapas del procedimiento. 2.1.5. Etapas del proceso sucesorio ab intestado. 2.1.5.1. Apertura. 2.1.5.2. Inventario y Avalúo. 2.1.5.3. Declaratoria de herederos. 2.1.5.4. Junta de Herederos. 2.1.5.5. Partición. 2.1.6. Etapas del proceso sucesorio testamentario. 2.1.6.1. Aceptación de la herencia. 2.1.6.2. Inventario y avalúo. 2.1.6.3. Partición. **2.2. Proceso sucesorio extrajudicial en Guatemala.** 2.2.1. Consideraciones iniciales. 2.2.2. Diferencias y semejanzas entre el proceso sucesorio judicial y notarial. 2.2.3. Formas de suceder. 2.2.3.1. El proceso sucesorio testamentario. 2.2.3.2. El proceso sucesorio intestada. 2.2.3.3. La sucesión mixta. 2.2.4. Requisitos y etapas del procedimiento. 2.2.5. Etapas del proceso sucesorio intestado. 2.2.5.1. Apertura. 2.2.5.2. Inventario y Avalúo. 2.2.5.3. Declaratoria de herederos y Junta de Herederos. 2.2.5.4. Partición. 2.2.6. Etapas del proceso sucesorio testamentario. 2.2.6.1. Apertura. 2.2.6.2. Inventario y Avalúo. 2.2.6.3. Declaratoria de Herederos. 2.2.6.4. Junta de Herederos. 2.2.6.5. Partición. **2.3. Proceso sucesorio extrajudicial en Salvador.** 2.3.1. Consideraciones Iniciales. 2.3.2. Diferencias y semejanzas entre el proceso sucesorio judicial y notarial. 2.3.3. Formas de suceder. 2.3.3.1. Proceso sucesorio extrajudicial intestato. 2.3.3.2. Proceso sucesorio testamentario. 2.3.4. Requisitos y etapas del procedimiento. 2.3.5. Etapas del Proceso Sucesorio Extrajudicial Intestado. 2.3.5.1. Apertura. 2.3.5.2. Declaratoria de Herederos-Junta de Herederos. 2.3.5.3. Partición. **2.4. Proceso sucesorio extrajudicial en Honduras.** 2.4.1. Consideraciones Iniciales. 2.4.2. Diferencias y semejanzas entre el proceso sucesorio judicial y notarial. 2.4.3. Formas de suceder. 2.4.3.1. Proceso sucesorio testamentario. 2.4.3.2. Proceso sucesorio ab intestado. 2.4.4. Etapas del Proceso Sucesorio Extrajudicial Intestado. 2.4.4.1. Apertura. 2.4.4.2. Inventario y Avalúo. 2.4.4.3. Declaratoria de Heredero y Junta de Herederos. 2.4.4.4. Partición. **2.5. Proceso Sucesorio Extrajudicial en Nicaragua.** 2.5.1. Consideraciones Iniciales. 2.5.2. Diferencias y semejanzas entre el proceso sucesorio judicial y notarial. 2.5.3. Formas de suceder. 2.5.3.1. Proceso sucesorio testamentario. 2.5.3.2. Proceso sucesorio ab intestado. 2.5.4. Requisitos y etapas del procedimiento. 2.5.5. Etapas del Proceso Sucesorio Extrajudicial.

* Master en Derecho Notarial y Registral, Universidad de Costa Rica, Doctoranda en Derecho de la Universidad De Costa Rica, Directora PCF, jacquelinriver@gmail.com.

2.5.5.1. Apertura. 2.5.5.2. Inventario –Avalúo. 2.5.5.3. Declaratoria de Heredero y Junta de Herederos. 2.5.5.4. Partición. 3. Análisis de resultados y discusión. 4. Conclusión. 5. Referencias Bibliográficas.

RESUMEN

La presente investigación busca facilitar el estudio de las sucesiones notariales, ha estudiantes de derecho, fedatarios o cualquier otro que le interese el proceso sucesorio notarial. Se utilizará como objeto de comparación la doctrina, normativa y jurisprudencia de los siguientes países: Costa Rica, Guatemala, El Salvador, Honduras, y Nicaragua. Se estructura en diferentes etapas de acuerdo a cada tipo de proceso, debiendo aclarar que la clasificación en estos procesos, respecto a los países de Salvador, Honduras y Nicaragua consiste en una propuesta, en vista que no se ubicó en la literatura, ni en la normativa las diferentes etapas explícitamente.

ABREVIATURAS

CCG	Código Civil de Guatemala
CPCYM	Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala
CPCN	Código Procedimientos Notariales de Nicaragua
DDN	Dirección Nacional de Notariado
LENJV	Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria (El Salvador)
PGN	Procedería General de la Nación

1. Introducción

El presente trabajo de investigación pretende comparar el proceso sucesorio notarial con ordenamientos jurídicos vecinos a fin de extraer aportes para el costarricense, o viceversa, siendo necesario analizar la legislación que regula en cada uno de los siguientes países: Costa Rica, Guatemala, El Salvador, Honduras y Nicaragua.

Dentro del estudio se comprenderán diferentes etapas propuestas, tomando como base la literatura de Costa Rica y Guatemala, para esta clasificación, así como de la legislación, elementos, pasos y procedimientos que definen y enfocan el trámite de los procesos sucesorios en sede notarial en relación a las diferentes conceptualizaciones de los países de la región.

Metodológicamente, la investigación tiene una orientación teórica, doctrinaria y jurídica. Se utilizará la bibliografía pertinente, permitiendo con ello una aclaración e

interpretación correcta sobre dicha temática y que fue fundamental para lograr los objetivos propuestos. Emplea los métodos comparativos, cualitativo y deductivo porque realiza un análisis general descriptivo, de la sucesión en sede notarial, e inductivo, al analizar cada procedimiento de los países, para la descripción de sus etapas.

En primera instancia se pretende realizar una revisión de la normativa contenida en los instrumentos legales de Costa Rica y la subsecuente jurisprudencia que busca regular la sucesión en sede notarial, identificando los aspectos positivos y las dificultades que surgen en la práctica notarial que impiden su optimización, es decir la eficacia y/o la eficiencia de la resolución de las sucesiones en el país. Para ello, se usará una base de datos de elaboración ad hoc en la que se consignen las categorías de análisis de la normativa revisada y que se limitará al abordaje del último decenio. Una vez se cuente con este instrumento, se procederá a revisar los marcos normativos de países vecinos como lo son Guatemala, El Salvador, Honduras y Nicaragua en torno al trámite de sucesiones.

La posibilidad de tramitar procesos sucesorios ante notario público concierne evidentemente, también, al Derecho Notarial y Registral. Este viene a regular lo procedente respecto del actuar del notario y las respectivas inscripciones en el Registro Nacional. De esta manera, el tema investigado deviene imprescindible dentro del desarrollo de este campo del Derecho y del Derecho Comparado.

Para justificar su importancia, cabe indicar que la posibilidad de tramitar procesos sucesorios, y en general no contenciosos, en sede notarial, siempre ha tenido como objetivo para el legislador el descongestionamiento de los tribunales de justicia. Asimismo, produce un beneficio para los usuarios al recibir un servicio más personalizado y expedito. Por ello, esta opción debe garantizar un uso responsable del instrumento y una mejor fiscalización.

Como objetivo general se plantea la necesidad de analizar el funcionamiento del proceso sucesorio en sede notarial, identificando fortalezas y áreas de mejora del trámite a nivel nacional y regional. Como objetivos específicos, establecer comparaciones con ordenamientos jurídicos vecinos en torno al trámite sucesorio a fin de extraer aportes para el costarricense, o viceversa, así como formular un conjunto de recomendaciones que permitan superar los problemas de tramitación de la sucesión en sede notarial, buscando la mejor solución posible para el ámbito regional.

En Costa Rica, el Código Procesal Civil de 1989, establecía que la competencia notarial estaba restringida a que existiera testamento abierto otorgado ante Notario, además estableció un procedimiento específico para llevar a cabo el procedimiento de una sucesión testamentaria, sin menores, inhábiles interesados y sin controversia en sede notarial¹⁸⁶.

Con la promulgación del Código Notarial de 1998¹⁸⁷, se da la posibilidad a los fedatarios para tramitar también sucesiones ab intestato o sin testamento, derogando

¹⁸⁶ Ley no. 7130: Código Procesal Civil de Costa Rica.

¹⁸⁷ Ley no. 7764: Código Notarial de Costa Rica.

tácitamente la disposición de la norma procesal que lo impedía. Ello fue recibido con agrado por varios sectores que vieron en esta medida una posibilidad para agilizar un trámite que, ante un juzgado, puede tomar cerca de dos años.

El proceso sucesorio en sede notarial debe ser desarrollado, de manera diversa, dependiendo de que se trate de una sucesión testamentaria o una ab intestato. En virtud de lo anterior, en la etapa de análisis de resultados y discusión, se realizará un planteamiento sobre la forma que se considera más adecuada su tramitación, considerando diversas normas legales y lineamientos del ente estatal competente en la fiscalización de la actividad notarial.

Este trabajo, se encuentra constituido cinco apartados, y cada uno de ellos está conformado de tal forma que guarda una relación lógica y discursiva, de los cuales me refiero a continuación: El apartado uno se refiere a la introducción, apartado segundo, se describe los tipos de procesos sucesorios, el análisis del proceso sucesorio extrajudicial, desde el desarrollo fáctico y normativo del tema, de forma independiente cada uno de los países analizados en la presente investigación, iniciando con Costa Rica, luego Guatemala, El Salvador, Honduras y Nicaragua. Apartado tres se hace alusión al análisis de resultados y discusión de la investigación. Y finalmente la conclusión y el material bibliográfico utilizado en dicha investigación y que ha servido de base para la ejecución de la misma.

2. Proceso Sucesorio Extrajudicial

En los apartados siguientes, se contemplará el análisis del proceso sucesorio extrajudicial de los países de Costa Rica, Guatemala, Honduras, El Salvador y Nicaragua, tomando en cuenta las consideraciones iniciales, diferencias y semejanzas del proceso sucesorio en sede judicial y notarial, formas de suceder, requisitos y etapas.

En las diferentes legislaciones a nivel regional analizadas todas coinciden sobre las dos formas de tramitar del proceso sucesorio en dos modalidades, como es proceso sucesorio judicial y proceso sucesorio extrajudicial, siendo esta última la que se desarrollará en este estudio. A continuación, me refiero a cada una de esas modalidades:

El proceso sucesorio judicial, es el que se realiza exclusivamente ante un órgano jurisdiccional, para la distribución del patrimonio de una persona después de su fallecimiento a los herederos que les corresponda de conformidad con la ley o con el testamento. Desarrollado ante Juez cuando las partes desean que sea un funcionario público, representante del Estado, el que legalice dicha transmisión de derechos y obligaciones. En este proceso se lleva a cabo cuando existe litis o contraposición de las partes, a diferencia como ocurre en el proceso extrajudicial, en el cual no debe existir controversia entre las partes.¹⁸⁸

El proceso sucesorio extrajudicial, es aquel proceso que se desarrolla ante un notario en la vía jurisdiccional voluntaria, en el cual carece de conflicto entre los interesados, constituye un proceso de jurisdicción voluntaria, debido que persigue la

¹⁸⁸ Miliam Villatoro De Castillo, "Proceso Sucesorio Judicial", (Tesis para optar por el título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar de Guatemala, 2011), 17.

declaración de las personas que sucederán al “cujus”, en cuanto a sus bienes, derechos y obligaciones, debido a su muerte. También se puede entender como “el conjunto de actuaciones que se desarrollan ante notario para realizar el inventario, la tasación, la liquidación, la partición y adjudicación de la herencia a los que les corresponda de conformidad con la ley o un testamento. Como se puede observar, el proceso sucesorio extrajudicial tiene como características comunes principales que se desarrolla en un ambiente donde no existe contención y el trámite es realizado por notario en jurisdicción voluntaria.¹⁸⁹

Aun cuando en este estudio se se estructurará en diferentes etapas de acuerdo a cada tipo de proceso como se verá, se hace necesario aclarar que la clasificación en estos procesos, respecto a los países Honduras, El Salvador y Nicaragua consiste en una propuesta de quien desarrolla esta investigación, en vista que no se ubicó en la literatura, ni en la normativa las diferentes etapas explícitamente.

2.1. Proceso sucesorio extrajudicial en Costa Rica

2.1.1. Consideraciones iniciales. Con el Código Notarial¹⁹⁰, se extiende la competencia del Notario para que pueda tramitar tanto sucesiones testamentarias como ab intestato, subsistiendo los requisitos de que no figuren menores de edad ni incapaces como interesados y que no exista controversia alguna entre las partes.

En Costa Rica, una vez que ocurre la muerte de una persona, se debe acudir a la normativa establecida en el Derecho Civil como base respecto a la materia de sucesiones, sean estas testamentarias o ab intestato (legítima), es decir quien tenga legitimidad para suceder a un determinado causante, podrán acudir ante los tribunales (sede judicial), o podrán realizarse ante fedatario (sede notarial) siempre y cuando cumpla con los requisitos dispuestos en el artículo 129 del Código Notarial¹⁹¹.

En el proceso sucesorio notarial, el fedatario debe establecer claramente de qué tipo de sucesión se trata (testamentaria o legítima), ya que esta nos dará la pauta a seguir para la repartición de bienes. Tratándose de una u otra, así será a quienes se declara herederos e interesados y, finalmente, a quienes se adjudiquen los bienes, propósito último del proceso.

La función del fedatario en los procesos sucesorios en sede notarial no consiste en sustituir al juez, sino que se reduce en verificar el cumplimiento de las cinco etapas (apertura, inventario y avalúo, declaratoria de herederos, junta de herederos y partición), en el tiempo menor posible. Dice Parajeles Vindas que en este tipo de procesos el notario no redacta escritos, ni dicta resoluciones, ni realiza notificaciones, ni es preciso levantar actas, en vista que todos los herederos y demás interesados deben de estar de acuerdo con el procedimiento ante notario, por lo que es posible efectuar esas etapas por medio de dos escrituras públicas.¹⁹²

¹⁸⁹ *Ibíd.*, 16.

¹⁹⁰ Ley no. 7764: Código Notarial de Costa Rica.

¹⁹¹ *Ibíd.*, 129.

¹⁹² Gerardo Parajeles Vindas, *Manual del Proceso Sucesorio Judicial y Notarial*, (San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas 2010), 275.

2.1.2. Diferencias y semejanzas entre el proceso sucesorio en sede judicial y notarial. Comprenden una misma estructura; siendo que tanto los sucesorios en sede judicial y en sede notarial tienen el mismo objetivo el cual consiste en que se realice la sucesión. Sin embargo, se pueden establecer claramente diferencias y similitudes entre ambas: en el proceso notarial no se puede realizar la apertura del testamento cerrado a diferencia de la judicial; sobre las notificaciones en sede notarial no es necesaria las notificaciones y por otra parte las etapas del proceso se llevan de manera diferente; en sede notarial no hay contención en sede judicial si hay; en sede notarial no hay menores ni incapaces, en sede judicial sí, en sede notarial no hay recursos (revocatoria ni apelaciones); en sede notarial no hay limitaciones territoriales ni por cuantía, en sede notarial no hay resoluciones, en sede judicial el evaluó pericial puede ser sustituido, en notarial se obliga que un perito valore los bienes inventariados.

Las similitudes son mayores entre ambos procesos; dentro de las cuales se extraen; las actuaciones notariales tienen igual valor que las judiciales; se generan en la misma condición honorarios por la tramitación de los procesos; ambos trámites tienen el mismo contenido, las cinco etapas que comprenden el sucesorio aun y cuando la actividad notarial no tiene normas procesales, deben ajustarse a la legislación para cumplir con los requisitos indispensables de esta sin que ello vaya en detrimento del espíritu legislativo que impulso la competencia notarial.

2.1.3. Formas de suceder. En Costa Rica se cuenta con dos formas de suceder:

2.1.3.1. El proceso sucesorio testamentario. La libertad de testar, donde el causante puede disponer libremente de sus bienes, el notario deberá de verificar la existencia de testamento, lo procedente es aportar al expediente, una certificación notarial o un testimonio original del testamento abierto. Además, deberá de verificar el fedatario que el testamento que se usará como base para la sucesión, sea la última voluntad del causante, que no existan testamento posterior que lo invaliden. Posteriormente se ampliará este tema.

2.1.3.2. El proceso sucesorio ab intestato o “legítima”. Error que se ha adoptado en nuestra legislación, a falta de testamento por parte de un individuo, entra de modo supletorio la ley a designar quiénes serán sus presuntos herederos. La legislación civil costarricense contempla la sucesión legítima, cuando se carece de testamento por lo que entran en la herencia sus herederos legítimos.

La Jurisprudencia¹⁹³ reconoce la existencia de dos grandes sistemas sucesorios: la libertad de testar y las legítimas hereditarias. El primero responde a la autodeterminación; al derecho de disponer libremente de sus bienes a favor de quien desee y cómo lo desee pues su voluntad prevalece y la segunda el testador que se ve limitado a disponer en una porción de su patrimonio a favor de los legitimarios que vendrán siendo su familia más directa. En resumen, podemos decir que la sucesión ab

¹⁹³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Voto 2004-12627* (Costa Rica, a las 14:59 horas, 10 de noviembre, 2004).

intestado es la ley quien decide los órdenes preferenciales para heredar, según lo establecido en el artículo 572 de la legislación civil, es así como los del primer orden van a suceder con exclusión de todos los demás, y así sucesivamente¹⁹⁴.

2.1.4. Requisitos y etapas del procedimiento. De lo anterior manifestado se hace necesario dejarlo claro los siguientes aspectos:

a) Legitimación de interesados para proceder ante notario, debe cumplir tres requisitos: ser mayor de edad, ser capaces, estar unánimemente de acuerdo.

b) Del procedimiento del sucesorio extrajudicial:

- Los herederos y legatarios deberán comparecer ante un notario público, y requerir personalmente su intervención.
- En el expediente debe constar la certificación de la defunción o la declaración de presunción de muerte del causante.
- El fedatario debe citar a los interesados dentro del plazo de treinta días, para hacer valer sus derechos por medio de una publicación que se hará por una vez en el Boletín Judicial.
- De los herederos se designará un albacea quien, además de sus funciones propias, deberá presentar el inventario de bienes.
- El notario nombrará un perito para que proceda al avalúo de los bienes.
- Constatado el activo y pagado el pasivo, las partes determinarán la forma en que se efectuará la partición del haber sucesorio.

c) Los expedientes deberán estar con folios numerados cronológicamente, y será custodiado por el fedatario hasta que se defina quien deberá recibirlo.

d) Valor de las actuaciones que practiquen los notarios, en este tipo de asuntos tienen el mismo valor que las realizadas por el juez.

e) Se pierde la competencia cuando algún interesado lo solicite, cuando surja contención entre interesados, en el caso de declinatoria por parte del fedatario, cuando el Tribunal respectivo lo disponga a solicitud de parte interesada. Si se presentan las circunstancias señaladas, al estar imposibilitado de continuar tramitando el sucesorio, éste tiene la obligación de suspender todo trámite y pasar el expediente al Tribunal que corresponda.

f) Los sucesorios tramitados en vía judicial pueden ser continuados ante notario, si los interesados así lo decidieran y siendo todos mayores y capaces el juez, no podría oponerse a ello.

g) Los honorarios son los mismos que recibiría por realizar un trámite análogo en sede judicial.

¹⁹⁴ Ley no. 63: Código Civil de Costa Rica, 572.

2.1.5. Etapas del proceso sucesorio ab intestado. A grueso modo se expone el procedimiento que se recomienda seguir en las diferentes etapas. Según su naturaleza, el cual puede ser legítima o testamentaria.

2.1.5.1. Apertura. En esta etapa, corresponde realizar la primera acta donde se establezca que la intervención del fedatario en el proceso fue requerida de forma personal (artículo 130 del Código Notarial), siendo que con esta acta formalmente se abre el proceso sucesorio notarial, por lo que el albacea y herederos legítimos se presentan donde el fedatario a solicitar la apertura del sucesorio. Con los documentos correspondientes, se deberá verificar que todos los sucesores fueren mayores hábiles, no existe conflictos entre ellos y además el causante no dejó testamento¹⁹⁵.

El notario deberá de llevar un expediente de actividad judicial no contenciosa que se tramiten en su notaria, y además estos debe enumerarlos en forma continua de acuerdo con el artículo 131 del Código Notarial¹⁹⁶, y mínimo debe ser de cuatro dígitos de acuerdo con la Directriz 01-2010 del Consejo Superior Notarial de la Dirección Nacional de Notariado¹⁹⁷. Se deberá nombrar el albacea provisional, y su aceptación se puede contemplar en esta primera acta, es quien realiza el inventario y los herederos aceptan la herencia de conformidad con el Código Procesal Civil¹⁹⁸.

El notario público, publica las manifestaciones por una vez en el Boletín Judicial, en el cual cita a los interesados para que, dentro de quince días hábiles, concurren a hacer valer sus derechos. El plazo comenzará a correr desde la fecha de la publicación, se deberá dejar constancia en el expediente de la plana original del Boletín Judicial donde se publicó el edicto, con el objeto de demostrar dicha publicación.

Es decir, dentro esta etapa se debe contener, la solicitud y declaratoria de apertura, nombramiento del albacea provisional y su aceptación, por último, el emplazamiento.

2.1.5.2. Inventario y Avaluó. El albacea presenta el inventario, dentro de los quince días siguientes de haber aceptado el cargo, a fin de protocolizarlo, una vez que fue aceptado por todos los interesados. Cabe destacar, el inventario consiste en el listado de los bienes que integran la herencia, es necesario mencionar que, dentro de este, se debe incluir los bienes gananciales y que todos los bienes inscribibles, deben describirse ampliamente, cumpliendo con los requisitos del Registro Nacional, ya que la protocolización de dicho inventario sirve para inscribir las respectivas adjudicaciones.

El avaluó de los bienes debe realizarlo un perito, y su nombramiento le corresponde al fedatario de acuerdo con el artículo 136 del Código Notarial, sus honorarios se pagarán de acuerdo con las tarifas establecidas por la Corte Suprema de Justicia. Es importante que las partes estén de acuerdo con la designación del perito, que

¹⁹⁵ Ley no. 7764: Código Notarial de Costa Rica, 130.

¹⁹⁶ *Ibíd.*, 131.

¹⁹⁷ Consejo Superior Notarial de la Dirección Nacional de Notariado, *Directriz 01-2010*, (San José, Costa Rica, a las 13 horas 16 minutos del 17 de mayo de 2010).

¹⁹⁸ Ley no. 9342: Código Procesal Civil de Costa Rica, 917.

se trata de persona idónea e imparcial para valorar los bienes, esto con la finalidad de evitar conflictos posteriores, tanto por el avalúo de los bienes, como por el monto de los posibles honorarios. También se recomienda dejar constancia en el expediente de la factura de los honorarios del perito ¹⁹⁹.

2.1.5.3. Declaratoria de herederos. Esta fase se cumple, una vez realizada la publicación del edicto el cual constituye el requisito indispensable para poder realizar la declaratoria de herederos, es decir, una vez realizado el emplazamiento se puede agotar esta fase. No debe hacerse antes de los 15 días hábiles del emplazamiento.

Pasado los 15 días hábiles, puede apersonarse “tercero de igual o mejor derecho”, siempre y cuando lo hagan antes de la partición, se podrá continuar en vía notarial siempre y cuando no exista contención, por lo que el notario deberá de realizar nuevamente la declaratoria de herederos según corresponde.

Esta declaratoria de herederos se debe realizar de conformidad con el artículo 572 del Código Civil, el cual se basa en las relaciones más cercanas de consanguinidad y afinidad del causante, consiste en una lista excluyente de familiares. Con anterioridad o posterioridad, los herederos pueden renunciar o ceder sus derechos hereditarios y que los bienes se adjudiquen solo algunos o uno de los herederos, siendo que lo correcto es declarar herederos de acuerdo al artículo 572 y posteriormente se tome en cuenta las renunciaciones o cesiones.

2.1.5.4. Junta de herederos. Realizada la declaratoria de herederos, se convoca a todos los interesados en la sucesión con el objeto de constituir la junta de herederos. En esta junta participan el conyugue supérstite, herederos, donatarios o cesionarios y acreedores. Los acuerdos deben ser por unanimidad. Son requisitos indispensables: que se haya rendido el informe pericial sobre el avalúo de los bienes, el cual deberá aprobarse y que se hayan declarado herederos, ya que este constituye la junta con los demás interesados.

En sede notarial no es necesario realizar la publicación de la convocatoria de la junta de herederos, ya que con solo el hecho que estén presentes todos los interesados, sería innecesario realizarla, a diferencia como ocurre en sede judicial que debe realizarse la convocatoria mediante publicación de un edicto en el Boletín Judicial.

2.1.5.5. Partición. Esta etapa pone fin al proceso sucesorio. El notario debe redactar la partición de acuerdo con los requisitos notariales y registrales necesarios, para la correspondiente inscripción de las adjudicaciones. Una vez realizada esta partición, el albacea debe realizar la rendición final de cuentas, sin embargo, este puede ser exonerado por los interesados. Una vez que se realizó la partición, se adjudicó los bienes y se aprobó o se eximio la rendición de cuentas final del albacea, el fedatario dará por terminado el proceso sucesorio ab intestado.

¹⁹⁹ Ley no. 7764: Código Notarial de Costa Rica, 136.

2.1.6. Etapas del proceso sucesorio testamentario. Este proceso es más sencillo que el anterior, el cual consta de tres etapas, y se realiza mediante actas protocolares. Además, se realiza cuando existe testamento abierto otorgado ante notario, claramente que no exista contención, ni menores de edad e incapaces.

2.1.6.1. Aceptación de la herencia. En esta primera etapa se realiza la solicitud de apertura del sucesorio ante la notaría, por parte del albacea y los herederos.

Dicha solicitud se consigna en un acta notarial, se debe también consignar que los herederos aceptan la herencia y el albacea se compromete a formar el inventario.

De seguido, se deberá publicar en el Boletín Judicial, por una única vez, las manifestaciones contenidas en el acta indicada, citando a los interesados a hacer valer sus derechos. El plazo del emplazamiento será de quince días hábiles.

2.1.6.2. Inventario y avalúo. El inventario lo presenta el albacea al fedatario, quien lo somete a consideración de todos los interesados para su aceptación y protocolización, se pierda la competencia para seguir tramitando el proceso, si existe contención de acuerdo con el avalúo.

Igual que el anterior proceso, la designación del perito, para que realice el avalúo de los bienes, la hace el notario. El único requisito para tal escogencia, es que el perito no tenga ningún nexo con los interesados o el fedatario y deben seguirse igualmente las normas del artículo 136 del Código Notarial. El perito deberá rendir el informe dentro de los siguientes diez días a la protocolización del inventario. Sería entonces prudente que el notario, en dicha protocolización, o bien mediante algún tipo de comunicación que agregue al expediente, advirtiera al perito sobre el plazo con que cuenta. Una vez realizado el avalúo, los interesados deberán aceptarlo, para protocolizarlo.

2.1.6.3. Partición. Esta etapa tiene como requisito haber agotado todas las anteriores etapas, y al igual que en la sucesión judicial, haber satisfecho el interés del fisco y pagado los impuestos correspondientes, de lo cual el notario deberá dar fe. La partición la realiza el albacea y el fedatario la protocoliza, debiendo ser aceptarla por todos los interesados, en la práctica notarial quien redacta la partición es el notario, de acuerdo a las indicaciones de los interesados y debiendo verificar el cumplimiento de las normas del Código Civil, sobre este tema.

No se requiere declaratoria de herederos, sino una simple aceptación de la herencia conferida en el testamento, lo cual se realiza en el mismo momento de la solicitud de apertura del sucesorio. Tampoco es necesaria la realización de una junta de herederos, que, en todo caso, incluso en el proceso judicial resulta bastante superflua. Además, no son obligatorios una serie de aspectos formales tales como: la aceptación del cargo de albacea, el cual se tiene implícitamente aceptado al comparecer ante el notario a solicitar la apertura; poner en posesión de los bienes a quien corresponda, simplemente la posesión la mantiene quien la tiene; o el trámite de rendición de cuentas por parte del albacea.

En último lugar, respecto del procedimiento extrajudicial, en el momento en que alguno de los interesados se oponga de alguna manera, se deberá suspender el proceso y remitir el expediente a la autoridad judicial correspondiente para su continuación.

Finalmente, hace mención de que los honorarios del albacea y del notario se regirán por lo que establezcan las leyes respectivas.

2.2. Proceso sucesorio extrajudicial en Guatemala

2.2.1. Consideraciones Iniciales. El proceso sucesorio extrajudicial de Guatemala, consiste en el conjunto de actuaciones tanto judicial, como extrajudiciales, que se llevan a cabo después de la muerte de una persona, en el cual debe existir la certificación de partida de defunción, o en su defecto la certificación de declaración de muerte presunta, según el caso.

2.2.2. Diferencias y semejanzas entre el proceso sucesorio judicial y notarial.

El artículo 453 del CPCYM, nos indica las formas de tramitar el proceso sucesorio, el cual puede ser: “1°. Extrajudicialmente, ante Notario, siempre que todos los herederos estén de acuerdo; y 2°. Judicialmente, radicándolo ante juez competente²⁰⁰. El Decreto 54-77 del Congreso de la República de Guatemala, establece la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, en el artículo 3 el que indica: “para cualquier asunto de los contemplados en la Ley pueda ser tramitado ante Notario, se requiere el consentimiento unánime de los interesados” y su artículo 2 del mismo cuerpo normativo, nos indica que todas las actuaciones tramitadas en esta vía se debe hacer constar en acta notarial, exceptuando las resoluciones, pero deben contener, dirección de la oficina del fedatario, fecha, lugar, disposición de que dicte y firma del Notario²⁰¹.

Este proceso sea judicial o extrajudicial tiene la finalidad de liquidar los bienes, derechos y obligación que no se extinguen con la muerte, previo a determinar la cantidad de bienes y valorarlos, se deberá cancelar las deudas del causante, posteriormente se realizara la respectiva repartición entre los presuntos herederos por voluntad del causante o por disposición de la ley. Es decir, su único fin es distribuir el acervo hereditario entre las personas designadas a través de un testamento o las que corresponde por disposición de ley.

Cabe destacar que el proceso sucesorio extrajudicial de Guatemala, consiste en el conjunto de actuaciones que se desarrollan ante fedatario, para realizar el inventario, tasación, liquidación, partición y adjudicación de la herencia de acuerdo al testamento o por disposición de la ley, y lo encontramos regulado en el Código Procesal Civil y Mercantil, Capítulo V, específicamente en los artículos 488 al 502. Este proceso se realiza ante fedatario siempre y cuando las partes estén de acuerdo y no exista conflicto, se lleva a cabo además por solicitud de los requirentes²⁰².

²⁰⁰ Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, (Guatemala, Decreto de Ley no. 107 del 14 de septiembre, 1963), 453.

²⁰¹ Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, (Decreto 54-57 del Congreso de la República de Guatemala del 3 de noviembre, 1977), 2-3.

²⁰² Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, (Guatemala, Decreto de Ley no. 107 del 14 de septiembre, 1963), 488-502.

De la misma forma que el proceso sucesorio notarial de Costa Rica, puede darse en cualquier momento un cambio en su procedimiento artículo 454 ²⁰³, pasando de ser extrajudicial a judicial o viceversa. Será judicial el proceso sucesorio, en el cual existe conflicto entre las partes, por lo que se requiere la intervención del juez para dar solución a la litis.

En Guatemala, este proceso se realiza en la vía jurisdicción voluntaria, el artículo 401 del Código Procesal Civil y Mercantil, nos indica: “La jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas” ²⁰⁴.

2.2.3. Formas de suceder.

2.2.3.1. El proceso sucesorio testamentario. Se rige por la manifestación expresa del causante quien otorgó testamento, los futuros herederos, deberán acudir ante Notario, y este debe proceder a dar lectura al mismo, por lo que además el fedatario debe declarar herederos, con el cual se hace entrega formal de los bienes a los herederos de acuerdo a la ley. En el artículo 935 del Código Civil de Guatemala establece como testamento “un acto puramente personal y de carácter revocable, por medio del cual una persona dispone de todo o parte de sus bienes para después de su muerte” ²⁰⁵. Y en el CPCYM en los artículos 467 al 477, se establece los requisitos para el otorgamiento del testamento ²⁰⁶.

2.2.3.2. El proceso sucesorio intestada. Se encuentra regulado en el Código Civil, específicamente en el artículo 1068 al 1084. En el artículo 1068 nos indica en las situaciones que se da la sucesión intestada, como es que no hay testamento, cuando falta la condición puesta a la institución de heredero, o el instituido muere antes que el testador, o es incapaz de heredar, o repudió la herencia; fuera de los casos de sustitución, representación y acrecimiento con arreglo al Código Civil; cuando en el testamento no hay heredero instituido y el testador no ha dispuesto de todos sus bienes en legados; y cuando el testador ha dejado de disponer de alguno o algunos de sus bienes ²⁰⁷.

2.2.3.3. La sucesión mixta. Es cuando el causante no dispuso sobre alguna porción de la masa hereditaria o sobre alguna obligación. En el artículo 1068 y 1069 del Código Civil, nos indica que la sucesión intestada tiene lugar; cuando el testador ha dejado de disponer de alguno o algunos de sus bienes, cuando en el testamento no hay

²⁰³ *Ibíd.*, 454.

²⁰⁴ Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, (Guatemala, Decreto de Ley no. 107 del 14 de septiembre, 1963), 401.

²⁰⁵ Código Civil de la República de Guatemala, (Guatemala, Decreto de Ley no. 106 del 14 de septiembre de 1963), 935.

²⁰⁶ Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, (Guatemala, Decreto de Ley no. 107 del 14 de septiembre, 1963), 467-477.

²⁰⁷ Código Civil de la República de Guatemala, (Guatemala, Decreto de Ley no. 106 del 14 de septiembre de 1963), 1068.

heredero instituido y el testador no ha dispuesto de todos sus bienes en legados. De lo anterior, se desprende que la sucesión mixta es una combinación de la sucesión testamentaria y de la sucesión intestada ²⁰⁸.

2.2.4. Requisitos y etapas del procedimiento. El proceso sucesorio intestado y testamentario de Guatemala, se establecen en diferentes etapas.

2.2.5. Etapas del proceso sucesorio intestado. Toda persona que tenga interés en la herencia puede promover el sucesorio, de acuerdo con el artículo 455 del CPCYM ²⁰⁹. Este sucesorio se realiza en diferentes etapas.

2.2.5.1. Apertura. El cual se encuentra regulado en el artículo 488 del CPCYM ²¹⁰, y nos indica: que las actuaciones de esta se harán constar en actas notariales, y se debe dejar constancia del requerimiento realizado por los interesados, quienes presentarán al mismo tiempo los documentos a que alude el artículo 455 ²¹¹. El notario declarará promovido el proceso sucesorio extrajudicial, el que dejara constancia en el acta y mandará publicar los edictos correspondientes, para citar a los que se consideren con derecho a la herencia a título universal o singular.

Los documentos que se deberán presentar ante fedatario, son:

- a) Documento de identificación personal
- b) Certificado de defunción o la certificación del auto de declaratoria de muerte presunta; extendida por el Registrador Civil
- c) Certificaciones de partida de nacimiento o de matrimonio que acrediten el parentesco del interesado con el causante
- d) El testamento si existe, como también donaciones otorgado por el causante
- e) Títulos de propiedad de los bienes pertenecientes al causante.

El notario consultara ante el Registro General de la Propiedad informe acerca de la existencia o inexistencia de testamento o donación que hubiere otorgado el causante, de acuerdo a este resultado, si fuera de inexistencia de testamento o donación, el fedatario determinara que se trata de un proceso sucesorio extrajudicial intestado.

Con la primera acta anteriormente mencionada se da por iniciado el proceso, por lo que se requiere la comparecencia de todas las personas que tienen interés en el sucesorio, en esta primera acta notarial debe contener: rogación, objeto de la rogación, narración de hechos y autorización notarial, además del lugar, hora, fecha, que se está llevando a cabo la diligencia, nombre (s) del solicitante (s) y debe ser realizada en papel

²⁰⁸ *Ibíd.*, 1068-1069.

²⁰⁹ Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, (Guatemala, Decreto de Ley no. 107 del 14 de septiembre, 1963), 455.

²¹⁰ *Ibíd.*, 488.

²¹¹ *Ibíd.*, 455.

bond debidamente numerada, sellada y firmada en todas sus hojas que la componen. Dictara una resolución, en la cual indica el proceso que se llevara a cabo sea testamentario o intestado, por lo que forma el expediente con los documentos presentados anteriormente (artículo 455 CPCYM), convocara a junta de herederos e interesados en el proceso sucesorio, indicando lugar, fecha y hora para dicha junta, se ordenara en esta resolución la publicación de edictos, citando a los que tengan interés en el proceso, debiendo publicarse por tres veces, dentro del término de quince días, en el Diario Oficial y contendrán los nombres del solicitante y del causante (artículo 456 CPCYM) ²¹².

2.2.5.2. Inventario y Avalúo. El artículo 489 del CPCYM nos indica: “simultáneamente con la publicación de los edictos o posteriormente a ellos, el notario podrá pedir, por intermedio de la dependencia que corresponda, que se fije el valor de los bienes que son objeto de transmisión hereditaria, el cual se hará constar en el inventario. También podrán las partes proponer un experto autorizado por el Ministerio de Hacienda y crédito público, quien podrá cumplir su cometido al ser fraccionado el inventario. Sin embargo, tratándose de acciones u otros valores, el notario oficiará a la Superintendencia de Bancos o a otras oficinas competentes, para recabar el valor correspondiente” ²¹³. Se consigna el inventario de los bienes, debe detallarse los bienes y derechos que constituyen el activo, como señala el CPCYM, también se enumera los créditos y obligaciones del causante, los honorarios del notario debido al proceso sucesorio, la autorización del inventario, y la tramitación del expediente administrativo; los honorarios de la persona que realiza el avalúo de los bienes inmuebles; el valor de la publicación de edictos en el Diario Oficial con motivo del proceso sucesorio; el valor de gastos médicos con ocasión de la enfermedad o accidente del causante; así como los gastos funerarios. Finalmente debe constar la liquidación, que consiste en establecer con base en el valor del activo, menos el pasivo, el valor del patrimonio o capital líquido del mortal. Esta acta debe de contener timbres fiscales de Q. 0.50 en cada una de las hojas que contenga el acta, en el artículo 563 del CPCM, se establece la obligación notarial de agregar a los atestados del protocolo del notario autorizante de la misma, una copia del acta de inventario debidamente firmada, que prevé el caso de extravío del original ²¹⁴.

2.2.5.3. Declaratoria de herederos y Junta de Herederos. Se realiza una segunda acta notarial, en la cual se consigna la realización de la junta de herederos, se indica la solicitud de la diligencia por los interesados, el notario deberá consignar que tiene a la vista las publicaciones realizadas, la comparecencia de los interesados (legatarios, acreedores, etc.) con la indicación del interés en el proceso, también se debe contemplar la aceptación de la herencia o legado por parte de herederos, en el caso que el heredero sea cónyuge del causante se debe consignar su derecho a los gananciales ²¹⁵.

²¹² Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, (Guatemala, Decreto de Ley no. 107 del 14 de septiembre, 1963), 456.

²¹³ *Ibíd.*, 489.

²¹⁴ Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, (Guatemala, Decreto de Ley no. 107 del 14 de septiembre, 1963), 563.

²¹⁵ *Ibíd.*, 491.

2.2.5.4. Partición. Una vez que se tiene el expediente completo y debidamente foliado, el mismo se remite a la Procuraduría General de la Nación, con la finalidad de pronunciarse a favor de la declaratoria de herederos ²¹⁶. En el artículo 457 del mismo Código se establece que la PGN debe de ser considerada como parte en los procesos sucesorios, hasta que haya declaración de herederos, teniendo la función de representar a los herederos ausentes mientras no se presenten o acrediten su representante legítimo, a los menores o incapaces que no tengan representante y al Estado y a las Universidades en caso de herencia vacante ²¹⁷. La PGN podrá pedir la presentación de los documentos que estime necesarios o la enmienda de los ya acompañados si fueren defectuosos e impugnar el inventario. Si se diera la situación de que los herederos o legatarios no comportan las observaciones realizadas por la PGN, el fedatario deberá remitir el expediente al juez competente, quien resolverá los incidentes y al estar firme, devolverá las diligencias al notario con una certificación de lo que resolvió ²¹⁸. Posteriormente “el notario entregará el expediente a la Dirección General de Rentas para que, sin otro trámite y con base en lo actuado, practique la liquidación de los impuestos respectivos, de acuerdo con las disposiciones de la Sección de Herencias, Legados y Donaciones de la Dirección de Catastro y Avalúos de Bienes Inmuebles. El expediente será devuelto al notario con certificado de lo resuelto” ²¹⁹. El artículo 497 del CPCYM, nos indica que el notario deberá redactar el testimonio de las partes conducentes a cada uno de los herederos y legatarios, debiendo insertar en todo caso los pasajes que contengan el reconocimiento de herederos y legatarios, la aprobación de las actuaciones (autos, liquidaciones fiscales, testimonio, etc.) ²²⁰. Los testimonios serán presentados al Registro General de la Propiedad; y dentro de los quince días siguientes a su compulsación, el notario dará aviso a las oficinas que proceda, para los efectos de los traspasos correspondientes, terminado de esta forma esta etapa, y posteriormente el notario enviara el expediente al archivo General de Protocolos ²²¹, salvo que los herederos decidieren hacer la partición de los bienes, en cuyo caso se esperará hasta que esta operación quede terminada de acuerdo con lo dispuesto en la ley, como por ejemplo el artículo 1102 y 1107 del Código Civil ²²². Cabe destacar en este proceso no se da una sentencia o resolución debido a que no existe Litis sobre el tema en cuestión.

2.2.6. Etapas del proceso sucesorio testamentario.

2.2.6.1. Apertura. Este proceso se lleva a cabo, cuando los posibles herederos conocen de la existencia del testamento, y deben entregarle al fedatario de su elección los siguientes documentos: testimonio del testamento abierto, certificación del acta de defunción debidamente anotada en el libro de asientos y razonado por el Registro de la Propiedad, así como la certificación con que se demuestre el parentesco. Igual que el

²¹⁶ *Ibíd.*, 492.

²¹⁷ *Ibíd.*, 457.

²¹⁸ *Ibíd.*, 495.

²¹⁹ *Ibíd.*, 496.

²²⁰ *Ibíd.*, 497.

²²¹ *Ibíd.*, 498.

²²² Código Civil de la República de Guatemala, (Guatemala, Decreto de Ley no. 106 del 14 de septiembre de 1963), 1102, 1107.

proceso sucesorio intestado, el notario realizara un acta notarial de requerimiento, con la solicitud de llevar a cabo el proceso, en el cual debe contemplar lugar, fecha y hora de la diligencias, nombre o nombres del requirente (s), posteriormente se dicta una resolución de acuerdo al artículo 455 del CPCYM, con este debería ir acompañado de la certificación de la defunción o certificación de la declaratoria de muerte presunta, documentos justificados del parentesco y el testamento.

Se realiza el primer auto, de inicio del proceso sucesorio testamentario notarial, incorporando todos los documentos anteriores, se notifica a los interesados el auto, y seda aviso al Registro General de la Propiedad sobre el proceso sucesorio, dentro del plazo de ocho días hábiles posteriores, de acuerdo al Decreto 73-75.²²³

El notario consultará ante el Registro General de la Propiedad, acerca de la existencia o inexistencia de testamento o donación que hubiere otorgado el causante, de acuerdo a este resultado, existencia de testamento, el fedatario determinará que se trata de un proceso sucesorio extrajudicial testamentario.

2.2.6.2. Inventario-Avaluó. El notario podrá pedir, por intermedio de la dependencia que corresponda, que se fije el valor de los bienes que son objeto de transmisión hereditaria, el cual se hará constar en el inventario²²⁴.

El avaluó puede realizarse simultáneamente con la publicación del edicto, o posteriormente a ello, siguiendo el procedimiento establecido en el proceso sucesorio ab intestado.

2.2.6.3. Declaratoria de Herederos. Se convocará a junta de herederos e interesados en el proceso sucesorio, indicando lugar, fecha y hora para dicha junta, se ordenará en esta resolución la publicación de edictos, citando quien o quienes lo promueven y del causante, debiendo publicarse por tres veces, dentro del término de quince días, en el Diario²²⁵.

2.2.6.4. Junta de Herederos. En una segunda acta notarial, se hará constar la fecha y hora de la realización de la junta de herederos, en la que también se hace constar la solicitud de la diligencia por parte de los interesados en el proceso, igual que el proceso intestado se debe consignar las diferentes diligencias, sin embargo, lo más relevante es la lectura del testamento. Una vez que se rinde el informe PGN, se concluye la fase notarial, de acuerdo al artículo 493 CPCYM con el auto de declaratoria de herederos, en un acta notarial, en el que se declara legalmente los herederos del causante²²⁶.

2.2.6.5. Partición. El artículo 497 del CPCYM, nos indica que el notario deberá redactar el testimonio de las partes conducentes a cada uno de los herederos y legatarios, debiendo insertar en todo caso los pasajes que contengan el reconocimiento de herederos y legatarios, la aprobación de las actuaciones (autos, liquidaciones fiscales,

²²³ Ley de Registro de Procesos Sucesorios, Guatemala, (Guatemala, Decreto de Ley no. 73-75 del 15 de octubre, 1975).

²²⁴ Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, (Guatemala, Decreto de Ley no. 107 del 14 de septiembre, 1963), 489.

²²⁵ *Ibíd.*, 456.

²²⁶ *Ibíd.*, 493.

testimonio, etc.)²²⁷. Los testimonios serán presentados al Registro General de la Propiedad; y dentro de los quince días siguientes a su compulsación, el notario dará aviso a las oficinas que proceda, para los efectos de los traspasos correspondientes, terminado de esta forma esta etapa. Posteriormente el notario enviará el expediente al Archivo General de Protocolos²²⁸, salvo que los herederos decidieren hacer la partición de los bienes, en cuyo caso se esperará hasta que esta operación quede terminada de acuerdo con lo dispuesto en la ley, como por ejemplo el artículo 1102 y 1107 del Código Civil. Cabe destacar en este proceso no se da una sentencia o resolución debido a que no existe Litis sobre el tema en cuestión.

2.3. Proceso sucesorio extrajudicial en El Salvador.

2.3.1. Consideraciones Iniciales. El proceso sucesorio extrajudicial de Salvador, se encuentra regula en la Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de Otras Diligencias Decreto Número 1073 y tiene como finalidad encontrar la persona que sucederá en todos los derechos y obligaciones al causante. El interesado podrá optar por el procedimiento ante fedatario, conforme al artículo 2 de la LENJV²²⁹.

De conformidad con el artículo 3 de la Ley supra indicada, el Notario formará expediente en el papel sellado correspondiente, consignando las peticiones de los interesados en actas notariales. El notario actuará sin secretario, pero podrá nombrar notificador cuando lo considere conveniente. Una vez fenecido el expediente, lo agregará al legajo de anexos de su protocolo, salvo que deba remitirlo al Juez o entregarlo al interesado. En el artículo 4 de la Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria, establece que el fedatario podrá solicitar a las autoridades y funcionarios los informes que considere pertinentes; y si no le fueren proporcionados, después de pedirlos por tres veces a quien corresponda, podrá recurrir a cualquier Juez de Primera Instancia con competencia en materia civil, para que éste, si fuere procedente, apremie al requerido. También podrá recurrir a dicho Juez cuando necesite el auxilio de la fuerza pública para hacer cumplir sus providencias²³⁰. En los casos contemplados en el Capítulo II de esta Ley, el Notario apreciará las pruebas de acuerdo con la ley respectiva; y en la resolución final dará fe del hecho o situación jurídica comprobada, redactándola en una forma breve y sencilla. Deberá protocolizar el acta que contenga su resolución final; y el testimonio que del acta protocolizada extienda al interesado, tendrá el mismo valor que la certificación de la resolución judicial correspondiente.

2.3.2. Diferencias y semejanzas entre el proceso sucesorio judicial y notarial.

En el artículo primero de dicha ley nos indica: “es aplicable a los asuntos de jurisdicción voluntaria y diligencias que en la misma se confían a los notarios, sin

²²⁷ *Ibíd.*, 497.

²²⁸ Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, (Guatemala, Decreto de Ley no. 107 del 14 de septiembre, 1963), 498.

²²⁹ Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de otras diligencias, (El Salvador, Decreto 1073, 13 de abril, 1982), 2.

²³⁰ *Ibíd.*, 3-4.

perjuicio de las actuaciones notariales que determinan otras leyes”²³¹. El interesado podrá optar por el procedimiento ante el notario, conforme a la presente Ley de Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria, por sí o por medio de apoderado especial o general con cláusula especial. Si fueren varios el interesado será necesario el consentimiento unánime de ellos para iniciar o continuar el trámite notarial. Si iniciado éste hubiere oposición, el notario se abstendrá de seguir conociendo y remitirá lo actuado al tribunal competente, dentro de ocho días hábiles, previa notificación de los interesados. Si alguno de los interesados fuere persona natural incapaz, no se podrá optar por el procedimiento ante notario. En los procesos sucesorios notarial, debe existir acuerdo unánime entre los herederos, y no puede existir contención, en el momento que este se dé el notario estará obligado a remitir el expediente al tribunal competente, en un plazo de ocho días hábiles, por lo que abstiene continuar con el proceso sucesorio notarial, y les notificara a los interesados”.

El Juez es competente de conocer, en todos los casos no importando la capacidad legal de los interesados, como ejemplo los casos de los menores de edad, ya que el notario no podrá tramitarlo en su notaria²³². Las diligencias de aceptación de herencia intestada, seguidas ante un Juez requiere que los edictos sean publicados únicamente en el Diario Oficial; mientras que, en las diligencias ante notario, se efectuarán en el Diario Oficial y en dos diarios de circulación nacional²³³.

2.3.3. Formas de suceder. De acuerdo al Código Civil de Salvador, existe dos formas de suceder en los bienes de una persona difunta, como es sucesión legitimaria o testamentaria que es en virtud de un testamento y la sucesión en virtud de la Ley, que se llama sucesión legítima, intestada o abintestato²³⁴.

2.3.3.1. El proceso sucesorio extrajudicial intestado. Es aquella en la que el difunto no ha dejado testamento en que disponga la totalidad de sus bienes, y es la ley la que únicamente determinara la distribución de los bienes que constituyen la herencia.

2.3.3.2. El proceso sucesorio testamentario o legitimario. Se basa en la existencia de testamento, de modo que es testada la sucesión en que el difunto ha dispuesto por testamento la distribución de sus bienes.

2.3.4. Requisitos y etapas del procedimiento. En la Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria, específicamente en los artículos 18 al 21, nos indica que se puede seguir ante Notario aquellas diligencias relativas a la aceptación de herencia,

²³¹ *Ibíd.*, 1.

²³² Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de otras diligencias, (El Salvador, Decreto 1073, 13 de abril, 1982), 2.

²³³ *Ibíd.*, 5.

²³⁴ Código Civil de la República de El Salvador, (El Salvador, Decreto Ejecutivo del 23 de agosto de 1859).

excepto la declaratoria de yacencia, en vista que esta por disposición de la ley debe de ser dativa, es decir judicial ²³⁵.

2.3.5. Etapas del Proceso Sucesorio Extrajudicial Intestado. De acuerdo con el artículo 984 del Código Civil, se puede suceder de dos formas abintestato, por derecho personal y por derecho de representación. No se debe confundir este derecho de representación con la representación de que se habla en los actos jurídicos, la cual consiste en que los actos o contratos celebrados por una persona a nombre de otra, van a producir sus efectos en el patrimonio de la persona en cuyo nombre se actúa, y la representación sucesoria existe desde el derecho romano, esto se da por el deseo de producir la igualdad entre los herederos, de modo que algunos de ellos no resulten perjudicados. El concepto del derecho de representación, se encuentra en el inciso segundo del artículo 984 del Código Civil ²³⁶.

2.3.5.1. Apertura. Los requirentes realizaran solicitud al notario, para el trámite de proceso sucesorio, en el cual se deberá de acompañar de la certificación de partida de nacimiento y de defunción del *cujus*, y certificación de partida de nacimiento de los presuntos herederos. Se levanta la primera acta, en donde los herederos expresan la intención de aceptar herencia relacionando a su vez la documentación anteriormente citada. Resuelve y manda dos oficios al secretario de la Corte Suprema de Justicia ²³⁷, para que le informe si se han promovido diligencias de aceptación de la herencia o de su declaratoria de yacencia; y si el informe fuere afirmativo, el notario se abstendrá de conocer. Si hubiere testamento, también deberá mencionarse este dato en el informe.

El notario deberá esperar la contestación de la Corte Suprema, ya que mientras no conteste, no podrá seguir con el trámite normal, una vez contestados los oficios por parte de la Corte Suprema de Justicia, indicando que no se han promovido las mismas diligencias en ningún otro lado, seguirá entonces con el trámite y resuelve donde consta la aceptación de herencia y confiere la administración interina de la sucesión de los aceptados.

2.3.5.2. Declaratoria de Herederos- Junta de Herederos. El notario envía a publicar los edictos, tres veces en el Diario Oficial, de acuerdo con el artículo 1163 Código Civil ²³⁸ y por tres veces consecutivas en dos diarios de circulación nacional, además debe esperar 15 días, a partir del día siguiente de la última publicación, pasado el término anterior, independientemente de que alguien se haya presentado alegando derecho (siempre y cuando no se suscite un conflicto), resolverá relacionando los ejemplares de la última publicación y declarará a los herederos confiriéndoles la administración definitiva de la sucesión, protocolizando la declaratoria, siempre que se

²³⁵ Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de otras diligencias, (El Salvador, Decreto 1073, 13 de abril, 1982), 18-21.

²³⁶ Código Civil de la República de El Salvador, (El Salvador, Decreto Ejecutivo del 23 de agosto de 1859), 984.

²³⁷ Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de otras diligencias, (El Salvador, Decreto 1073, 13 de abril, 1982), 19.

²³⁸ Código Civil de la República de El Salvador, (El Salvador, Decreto Ejecutivo del 23 de agosto de 1859), 1163.

recibiera el informe respectivo de la Corte Suprema de Justicia en el cual conste en el mismo la revisión de los índices de aceptación de herencia y los libros de índices de testamentos abiertos y cerrados, no se encontrará diligencias iniciadas ante Tribunal o notario respecto de la sucesión o testamento que haya sido otorgado por el causante.

2.3.5.3. Partición. Realizada la resolución de declaratoria de heredero definitivo, el notario procederá a protocolizar la misma y comprobado que se ha pagado el edicto respectivo en el Diario Oficial y en uno de los Diarios de circulación nacional, se expedirá el testimonio correspondiente, de conformidad con el artículo 19 número 4 de la LENJV de El Salvador ²³⁹.

En este estudio, no se amplía sobre el proceso **sucesorio testamentario o legitimario**, ya que la única diferencia que se encontró con el anterior es la existencia de testamento, de modo que es testada la sucesión en que el difunto ha dispuesto por testamento la distribución de sus bienes.

2.4. Proceso sucesorio extrajudicial en Honduras.

2.4.1 Consideraciones Iniciales. El proceso sucesorio extrajudicial en Honduras, se encuentra regulado en el Código Civil, en el Título III, Libro I, de la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos, se encuentra regulado en los artículos 930 hasta la 957, en el Título II, Capítulo I, en los artículos 958 al 978, se regula las reglas relativas a la sucesión intestada, y en el Título III, Capítulo I, de los artículos 979 al 1071, de la sucesión testamentaria, de la ordenación del testamento, del derecho a testar.

2.4.2. Diferencias y semejanzas entre el proceso sucesorio judicial y notarial.

El proceso sucesorio extrajudicial nos indica la legislación de Honduras, se puede suceder a una persona difunda por título universal o a título singular. Es universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles o en una cuota de ellos, como la mitad, tercio o quinto y es título singular cuando se sucede en una o más especies o cuerpos ciertos, como tal caballo, tal casa, o en una o más especies indeterminadas de cierto género, como un caballo, tres vacas, seiscientos pesos, cuarenta fanegas de trigo ²⁴⁰.

El desarrollo de un proceso sucesorio ante notario, se encuentra regulado en el Código Civil, en los artículos 968 al 977, adicionalmente lo que establece el Título II del mismo cuerpo legal, y el procedimiento de inventario se realiza de acuerdo con el Código Procesal Civil.

La guarda y aposición de sellos deberá hacerse por el Juez con las formalidades legales. El Juez practicará de oficio inmediatamente las diligencias que quedan prevenidas, si los herederos estuviesen ausentes o fueren menores, dementes o desconocidos. Además, si los bienes de la sucesión estuvieren en diversos lugares, el

²³⁹ Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de otras diligencias, (El Salvador, Decreto 1073, 13 de abril, 1982), 19.

²⁴⁰ Código Civil de la República de Honduras, (Honduras, Asamblea Nacional Constituyente del 19 de enero de 1906), 930.

Juez que hubiere abierto la sucesión dirigirá, a instancia de cualquiera de los herederos o acreedores, o de oficio, despachos o exhortos a los jueces de los lugares en que se encontraren los bienes, para que por su parte procedan a la guarda y aposición de sellos, hasta el correspondiente inventario en su caso.

2.4.3. Formas de suceder: Se cuenta con dos formas de sucesión.

2.4.3.1. Proceso sucesorio testamentaria. Es cuando se sucede en virtud de un testamento. También puede ser que la sucesión en los bienes de una persona difunda pueda ser parte testamentaria y parte intestada ²⁴¹.

2.4.3.2. Proceso sucesorio ab intestado. Esta última es cuando se sucede en virtud de la ley. El artículo 958 del Código Civil de Honduras, nos indica en cuanto a las reglas de la sucesión intestada, con respecto a los bienes de que el difunto no ha dispuesto, o si dispuso no lo hizo conforme a derecho, o no han tenido efecto sus disposiciones ²⁴². En el artículo 960 del Código Civil, se establece el orden de los llamados a la sucesión, 1.- los descendientes legítimos del difunto. 2.- sus ascendientes legítimos. 3.- sus colaterales legítimos. 4.- sus hijos naturales o nietos naturales. 5.- sus padres naturales o abuelos naturales, 6.- sus hermanos naturales. 7.- el cónyuge sobreviviente. 8.- los municipios, 9.- se sucede ab intestado, ya por derecho personal, ya por derecho de representación. Se puede representar a un padre o a una madre que, si hubiese podido o querido suceder, habría sucedido por derecho de representación ²⁴³.

2.4.4. Requisitos y etapas del procedimiento. El proceso sucesorio de Honduras se encuentra regulado en el Código Civil y en el artículo 960 se establece el orden de sucesión al momento de tramitar un sucesorio intestado.

En el Título VII, Capítulo I del Código Civil de Honduras, en los artículos 1169 hasta el 1186 se regula la apertura de la sucesión y de su aceptación, repudiación e inventario.

2.4.4. Etapas del Proceso Sucesorio Extrajudicial Intestado.

2.4.4.1. Apertura. En Honduras, el artículo 1169 del Código Civil, establece que, desde el momento de abrirse una sucesión, todo el que tenga interés en ella o se presuma que pueda tenerlo, podrá pedir que los muebles y papeles de la sucesión se guarden bajo llave y sello, hasta que se proceda al inventario solemne de los bienes y efectos hereditarios. No se guardarán bajo llave y sello los muebles domésticos de uso cotidiano, pero se formará lista de ellos ²⁴⁴.

El costo de la guarda y aposición de sellos y de los inventarios gravará los bienes todos de la sucesión, a menos que el testador disponga expresamente otra cosa. En la

²⁴¹ Código Civil de la República de Honduras, (Honduras, Asamblea Nacional Constituyente del 19 de enero de 1906), 931.

²⁴² *Ibíd.*, 958.

²⁴³ *Ibíd.*, 960-961.

²⁴⁴ *Ibíd.*, 1169.

sucesión, para llevar a cabo las disposiciones del difunto o de la ley, se deducirán del acervo de bienes que el difunto ha dejado, incluso los créditos hereditarios, los gastos funerarios, las costas de la publicación del testamento, si los hubiere, y las demás anexas a la apertura de la sucesión, las deudas hereditarias, los impuestos fiscales que gravaren toda la masa hereditaria, las asignaciones alimenticias forzosas, la porción conyugal. El resto es el acervo líquido de que dispone el testador o la ley, esto según el artículo 938 del CC ²⁴⁵. También los impuestos fiscales que gravan toda la masa, se extienden a las donaciones revocables que se confirman por la muerte y los impuestos fiscales sobre ciertas cuotas o legados, se cargarán a los respectivos asignatarios. En los 15 días de abrirse la sucesión, no sea aceptado la herencia o una cuota de la misma, el Notario, a solicitud del cónyuge sobreviviente, o de cualquiera de los parientes o dependientes del difunto, o de otra persona interesada en ello o de oficio, declarará yacente la herencia; se publicara en el periódico oficial y del departamento, si los hubiere, y en carteles que se fijarán en tres de los parajes más frecuentados del lugar, y se procede al nombramiento de curador de la herencia yacente. En el caso que hubiere dos o más herederos y aceptare uno de ellos, tendrá la administración de todos los bienes hereditarios pro indiviso, previo inventario solemne y aceptando sucesivamente sus coherederos y suscribiendo el inventario, tomarán parte en la administración. Mientras no hayan aceptado todos, las facultades del heredero o herederos que administren, serán las mismas de los curadores de la herencia yacente, pero no serán obligados a prestar caución, salvo que haya motivo de temer que bajo su administración peligran los bienes, en este caso el Notario puede solicitar un criterio al juez. En el caso de que los herederos no puedan avenirse en la administración de la herencia, nombrarán a un administrador responsable. La herencia puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se toma el título de heredero y es tácita cuando el heredero ejecuta un acto que supone necesariamente su intención de aceptar, y que no hubiera tenido derecho de ejecutar, sino en su calidad de su heredero. Se entiende que alguien toma el título de heredero, cuando lo hace en escritura pública o privada, obligándose como tal heredero, o en un acto de tramitación Judicial (artículos 1187 al 1189 del CC) ²⁴⁶.

2.4.4.2. Inventario y Avalúo. El beneficio de inventario consiste en no hacer a los herederos que aceptan, responsables de las obligaciones hereditarias y testamentarias, sino hasta concurrencia del valor total de los bienes que han heredado (artículo 1194 CC), el inventario se debe realizar de acuerdo al Código Procedimientos (artículo 1199 CC) ²⁴⁷. Tendrán derecho de asistir al inventario, el curador de la herencia yacente, los herederos presuntos testamentarios o ab intestado, el cónyuge sobreviviente, los legatarios, los socios de comercio y todo acreedor hereditario que presente el título de su crédito. Todas estas personas tendrán derecho de reclamar contra el inventario en lo que les pareciere inexacto. El heredero que en la confección del inventario omitiere de mala fe hacer mención de cualquier parte de los bienes, por

²⁴⁵ Código Civil de la República de Honduras, (Honduras, Asamblea Nacional Constituyente del 19 de enero de 1906), 938.

²⁴⁶ *Ibíd.*, 1187-1189.

²⁴⁷ *Ibíd.*, 1194, 1199.

pequeña que sea, o supusiere deudas que no existen, no gozará del beneficio del inventario (artículos 1201 y 1202 del CC) ²⁴⁸. Consumidos los bienes de la sucesión, o la parte que de ellos hubiere cabido al heredero beneficiario, en el pago de las deudas y cargas, deberá el Notario, a petición del heredero beneficiario, citar por edictos a los acreedores hereditarios y testamentarios que no hayan sido cubiertos, para que reciban de dicho heredero la cuenta exacta y en lo posible documentada de todas las inversiones que haya hecho; y aprobada la cuenta por ellos, o en caso de discordia por un juez, el heredero beneficiario será declarado libre de toda responsabilidad ulterior.

2.4.4.3. Declaratoria de Heredero y Junta de Herederos. El heredero beneficiario que opusiere a una demanda la excepción de estar ya consumidos en el pago de deudas y cargas los bienes hereditarios o la porción de ellos que le hubiere cabido, deberá probarlo, presentando a los demandantes una cuenta exacta y en lo posible documentada de todas las inversiones que haya hecho (artículos 1208 y 1209 CC) ²⁴⁹. De acuerdo al artículo 1247 del Código Civil de Honduras, nos indica que el partidor liquidará lo que a cada uno de los consignatarios se deba, y procede a la distribución de los efectos hereditarios, teniendo presente las reglas que siguen:

1. Entre los consignatarios de una especie que no admita división o cuya división la haga desmerecer, tendrá mejor derecho a la especie el que más ofrezca por ella; cualquiera de los consignatarios tendrá derecho a pedir la admisión de licitadores extraños, y el precio se dividirá entre todos los consignatarios a prorrata.

2. No habiendo quien ofrezca más que el valor de tasación o el convencional y compitiendo dos o más asignatarios sobre la adjudicación de una especie, se sorteará está adjudicándose al que le haya cabido en suerte.

3. Las porciones de uno o más fondos que se adjudiquen a un solo individuo, serán si posible fuere, continuas, a menos que el adjudicatario consienta en recibir porciones separadas, o que de la continuidad resulte mayor perjuicio a los demás interesados que de la separación al adjudicatario.

4. Se procura la misma continuidad entre el fundo que se adjudique a un asignatario y otro fundo de que el mismo signatario sea dueño.

5. En la división de fondos se establecerán las servidumbres necesarias para su cómoda administración y goce.

6. Si dos o más personas fueren consignatarios de un predio, podrá el partidor, con el legítimo consentimiento de los interesados, separar de la propiedad el usufructo, habitación o uso para darlos por cuenta de la asignación.

7. En la participación de una herencia o de lo que de ella restare, después de las adjudicaciones de especies mencionadas en los números anteriores, se ha de guardar la

²⁴⁸ *Ibíd.*, 1201-1202.

²⁴⁹ Código Civil de la República de Honduras, (Honduras, Asamblea Nacional Constituyente del 19 de enero de 1906), 1208-1209.

posible igualdad, adjudicando a cada uno de los consignatarios cosas de la misma naturaleza y calidad que a los otros, o haciendo hijuelas o lotes de la masa partible que se sortearán.

8. En la formación de los lotes se procurará, no sólo la equivalencia sino la semejanza de todos ellos; pero se tendrá cuidado de no dividir o separar los objetos que no admitan cómoda división o de cuya separación resulta perjuicio; salvo que convengan en ellos, unánime y legítimamente, los interesados.

9. Cada uno de los interesados podrá reclamar contra el modo de composición de los lotes, antes de efectuarse el sorteo ²⁵⁰.

2.4.4.4. Partición. Efectuada la partición, se entregarán a los partícipes los títulos particulares de los objetos que les hubieren cabido. Los títulos de cualquier objeto que hubiere sufrido división, pertenecerán a la persona designada al efecto por el testador, o en defecto de esta designación, a la persona a quien hubiere cabido la mayor parte, con cargo de exhibirlos a los otros partícipes y de permitirles que tengan traslado de ellos cuando lo pidan. En caso de igualdad, se decidirá la competencia por sorteo ²⁵¹.

2.5. Proceso Sucesorio Extrajudicial en Nicaragua

2.5.1 Consideraciones Iniciales. El proceso sucesorio extrajudicial de Nicaragua, está regulado en el Código Civil y el Código Procesal Civil. En el Código Civil, en el Título VI, Capítulo I, sucesiones del artículo 932 al 944, Capítulo II, de la sucesión testamentaria de los artículos 945 al 978, Capítulo III, de los que pueden testar y de los que pueden adquirir por testamento del artículo 979 al 997, Título VII, reglas sucesivas a la sucesión intestada de los artículos 998 al 1007, Título VIII, de la distribución de la herencia de los artículos 1008 al 1024, Título IX, de la forma de los testamentos. Y en el Código Procesal Civil, se encuentra regulado en los artículos 831 al 876.

2.5.2. Diferencias y semejanzas entre el proceso sucesorio judicial y notarial.

El proceso sucesorio judicial se encuentra regulado en los artículos 740 a 753 del Código de Procedimientos Civil y en vía de jurisdicción voluntaria se encuentra en el artículo 553 del Código de Procedimiento Civil, así como en normas del Código Civil. Para llevarse a cabo ante notario, no debe existir controversia entre las partes requirentes a diferencia que ocurre en sede judicial.

El artículo 266 CPCN, establece que en asuntos testamentaria o abintestato será competente el Juez del lugar en que se hubiere tenido al final de su último domicilio. Además, se establece que se hubiera tenido en país extranjero, ser competente el del lugar de su último domicilio en Nicaragua o donde tuviera la mayor parte de sus bienes ²⁵².

²⁵⁰ *Ibíd.*, 1247.

²⁵¹ *Ibíd.*, 1253.

²⁵² Código del Procedimiento Civil de la República de Nicaragua, (Congreso de la República de Nicaragua, 8 de marzo, 2002), 266.

2.5.3. Formas de suceder: Se cuenta con dos formas de sucesión.

2.5.3.1. Proceso sucesorio testamentario. Es el que se realiza por disposición de la última voluntad; es decir por testamento legítimo del causante. El testamento conforme señala la legislación; es un acto más o menos solemne y personal, en que una persona dispone libremente del todo o parte de sus bienes para que tenga efecto después de su muerte, mismo que podrá revocar parcial o total, las disposiciones contenidas en él, mientras se esté vivo. Para referencia es importante señalar los artículos 832, 945, 946 y 1001 C.C.²⁵³.

2.5.3.2. Proceso sucesorio ab intestado. Es el que se da por reconocimiento legítimo por ley; de la misma forma pueden existir de manera conjunta ambas formas de suceder. Este proceso se realizará ante fedatario, siempre y cuando no exista controversia entre las partes solicitantes; caso contrario se enviará el expediente a la vía judicial. Dicho proceso busca la identificación y declaración de las personas que sucederán los derechos y obligaciones del causante. En la legislación de Nicaragua, el heredero es aquel en quien recae la totalidad de la herencia (título universal) o parte de ella (título particular).

2.5.4. Requisitos y etapas del procedimiento. Como se indicó anteriormente para llevarse a cabo ante notario, ya se testamentario, o ab intestato no debe existir controversia entre las partes requirentes. El artículo 1002 del Código Civil, establece que puede suceder ab intestato, ya por derecho personal, ya por derecho de representación, y en el artículo 945 del Código Civil, se establece que el testamento es un acto más o menos solemne en que una persona dispone libremente del todo o parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva²⁵⁴.

2.5.5. Etapas del Proceso Sucesorio Extrajudicial.

2.5.5.1. Apertura. El proceso se inicia con una solicitud, adjuntando copia certificada del acta defunción del causante; de la misma forma es necesaria la presentación de los documentos que acrediten el parentesco de la persona solicitante con la persona fallecida. Una vez presentada la solicitud con los requisitos establecidos, se realizará la publicación de edictos, tres veces con un intervalo de cinco días en un periódico de circulación nacional, se deberá indicar el nombre (s) de las personas que reclaman la herencia, para que el que tenga interés en el proceso se apersona. Se otorga un plazo de treinta días a partir de la última publicación para dichos efectos; si aparece un interesado, se tramitará y resolverá mediante el proceso sumario. La legislación de Nicaragua, también contempla la posibilidad de realizar el inventario menos solemne; esto depende de dos variables: que los herederos tengan libre administración de los bienes y soliciten común acuerdo, o cuando el valor de los bienes a heredan no superen quinientos mil pesos, en estos casos, si el difunto hubiere dejado hijos legítimos, la

²⁵³ Código Civil de la República de Nicaragua, (Congreso de la Republica de Nicaragua, 1 de febrero de 1904), 832, 945-946, 1001.

²⁵⁴ *Ibíd.*, 1002, 945.

herencia se dividirá en cuatro partes: tres para los hijos legítimos y una para los hijos naturales o nietos naturales, sin perjuicio de la porción conyugal que corresponda al marido o mujer sobreviviente. Cuando por ser el número de los hijos legítimos mayor que el de los ilegítimos reconocidos, resultaren estos con mayor haber que aquellos, se dividirá la herencia de manera que corresponda a todos, legítimos y naturales partes iguales. Como último aspecto a desarrollar, en el Título XI del CPC de Nicaragua se establece el modo de proceder con la apertura del testamento cerrado. De la misma forma inicia con la solicitud y la presentación de los documentos útiles y necesarios que demuestren la defunción, el parentesco y la certificación del Registro de la Propiedad Inmueble y Mercantil correspondiente, de no existir testamento inscrito. Se publican tres edictos con intervalos de cinco días en un periódico de circulación nacional y en los sitios públicos del lugar de la sede del juzgado (en caso sea tramitado judicialmente) y en los lugares de fallecimiento y nacimiento del fallecido, anunciado su muerte sin testar, y los nombres de los que reclamen la herencia y llamando a los que se crean con igual o mejor derecho para que comparezcan a la audiencia dentro de treinta días ²⁵⁵.

2.5.5.2. Inventario –Avalúo. Con fines de la protección de los bienes, el artículo 1224 CC; cita que al momento de la apertura de la sucesión todo el que tenga interés, o se presuma que pueda tenerlo, podrá pedir que los muebles y papeles de la sucesión se guarden bajo llave y sello, hasta que se proceda al inventario solemne de los bienes y efectos hereditarios; los costos que se generen deberán dividirlos entre los herederos según las disposiciones legales. El inventario, es un acto de gran relevancia que se realizará mediante acta notarial mencionando: a) La fecha en que se ejecute la aposición; b) Los motivos de ella; c) El nombre y domicilio del que la solicitó, o si se hace de oficio; d) La comparecencia o ausencia de los interesados; e) Los lugares, escritos, cofres o armarios sobre cuyas cerraduras se hayan fijado los sellos; f) La promesa que prestarán los que habitan en la casa del finado de que no han substraído ni visto sustraer cosa alguna perteneciente a la sucesión, g) La enumeración de los muebles domésticos que no quedan bajo de sellos. h) El nombramiento de un depositario que cuide de los efectos y de que no se violen los sellos. Las diligencias o acta serán firmadas por el juez; las partes que estén presentes y el Notario. Es necesario nombrar dos peritos tasadores, por consenso de las partes; y si no existiera, es el juez quien designará, y por conveniencia podrá inclusive nombrar sólo uno; es dicha autoridad además quien señala el día, hora y lugar donde se desarrollará el inventario, mismo que como se indicó, detallará de manera formal, y minuciosa cada uno de los objetos encontrados, la descripción, estimación de los bienes muebles e inmuebles; el monto de las sumas de dinero; los papeles, libros, registros de comercio o de cuentas u otros, con descripción de su número y estado; la enumeración de los créditos activos; la enumeración y estimación de las obras que constituyan la biblioteca; la designación de la calidad, peso y ley de las alhajas de oro y piedras preciosas; entre otras ²⁵⁶.

²⁵⁵ Código del Procedimiento Civil de la República de Nicaragua, (Congreso de la Republica de Nicaragua, 8 de marzo, 2002).

²⁵⁶ Código Civil de la República de Nicaragua, (Congreso de la Republica de Nicaragua, 1 de febrero de 1904), 1224.

2.5.5.3. Declaratoria de Heredero y Junta de Herederos. El Código Civil, establece que todo heredero si aceptare la herencia, tendrá obligación de promover el inventario dentro de nueve días, contados desde que supiere su nombramiento o tomare parte en la sucesión. De la misma forma, el albacea cuenta con el mismo plazo indicado; y de no hacerlo, el guardador de la herencia yacente; los herederos aceptantes, presuntos, testamentarios o ab intestado; el cónyuge sobreviviente; los legatarios; los socios de comercio; todo acreedor hereditario que presente el título de su crédito, aunque éste sea documento privado aún no reconocido; tendrán la obligación de hacerlo. El solicitante atendiendo el artículo 691 CPC; se debe presentar ante el juez de Distrito de lo Civil respectivo; en los lugares en que no haya Notarios hábiles; el Notario público de su confianza; juez local; arbitro o arbitrador nombrado por el testador en su testamento; juez árbitro o arbitrador nombrado de común acuerdo por los interesados que tengan la libre administración de sus bienes y/o; ante cualquier otro funcionario a quien la ley confiera la facultad de inventariar. Para la diligencia serán llamadas mediante citación legal todas las personas legitimadas antes mencionadas ²⁵⁷. Cuando exista representación fuera del territorio de la República, se nombrará por parte del juez un solo defensor que represente a los ausentes sin necesidad de citarlos; y citará además al representante del Ministerio Público. Practicadas las diligencias antes indicadas, el Notario procede a declarar los herederos si los estimase procedente, sin perjuicio de quien tenga igual o mejor derecho.

2.5.5.4. Partición. De conformidad con el artículo 1281 del Código Civil, al obtener la decisión judicial o estando conformes los interesados con el inventario, se procederá a la partición a solicitud de cualquiera de los interesados, incluso los legatarios ²⁵⁸.

3. Análisis de resultados y discusión

En este apartado, se busca exponer los principales resultados obtenidos de la comparación de las legislaciones de los países en estudio, los cuales fueron analizados en los apartados anteriores, y en base a estos resultados realizar la discusión con el fin de ampliar los conocimientos del proceso sucesorio extrajudicial en los países analizados.

Encontramos que la legislación de Costa Rica, Guatemala, El Salvador, Honduras y Nicaragua contiene bastantes similitudes, y pocas diferencias que se irán analizando más adelante.

A nivel de la región, la legislación que regula los procesos sucesorios notariales es:

- ✓ **Costa Rica:** Código Notarial, Código Civil y Código Procesal Civil.
- ✓ **Guatemala:** Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Código Civil y Código Procesal Civil y Mercantil.

²⁵⁷ Código del Procedimiento Civil y Mercantil de la República de Nicaragua, (Congreso de la Republica de Nicaragua, 8 de marzo, 2002). 691.

²⁵⁸ Código Civil de la República de Nicaragua, (Congreso de la Republica de Nicaragua, 1 de febrero de 1904), 1281.

Salvador: Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de Otras diligencias.

- ✓ **Honduras:** Ley de Notario, Código Civil y Código Procesal Civil.
- ✓ **Nicaragua:** Código Civil y Código Procesal Civil.

De lo anterior se desprende que la regulación legal vigente en cada uno de los Estados analizados, solo en Guatemala y El Salvador, existe legislación específica para la actividad de jurisdicción voluntaria, en Costa Rica, Honduras y Nicaragua se aplica la legislación sustantiva y adjetiva, para tramitar un proceso sucesorio extrajudicial.

Por otra parte, todos los Estados analizados, tienen procesos sucesorios extrajudicial denominados y conformados por las siguientes etapas:

- ✓ **Costa Rica.** Se cuenta con dos formas de suceder, como es testamentaria y ab intestato o legitima, y esta última está conformada por cinco etapas, es decir: apertura, inventario y avalúo, declaración de herederos, junta de herederos y partición. En el caso de la testamentaria, se omite la etapa de declaración de herederos y junta de herederos por considerarse insuficiente, y la primera etapa se denomina aceptación de la herencia.
- ✓ **Guatemala.** De igual forma dos formas de suceder testamentaria e intestada, sin embargo, cuenta con un tipo de sucesión que se denomina mixta, en el cual el causante no dispuso de alguna porción de la masa hereditaria o sobre alguna obligación, siendo claramente una combinación de la sucesión testamentaria y de la sucesión intestada. La sucesión intestada cuenta con cuatro etapas, como son: apertura, inventario y avalúo, declaratoria de herederos y junta de herederos, partición. Y la sucesión testamentaria, cuenta con cinco etapas, a diferencia de la anterior se contempla la declaratoria de herederos y juntas de herederos en etapas diferentes; como sucede con la legislación costarricense para el caso de la sucesión legitima.
- ✓ **El Salvador.** Dos formas de suceder como es la sucesión legitimaria o testamentaria y la sucesión legitima, intestada o abintestato, en esta última se logra extraer tres etapas, como son apertura, declaratoria de herederos y junta de herederos y partición, ya que el inventario y avalúo según lo analizado lo contemplan dentro de la segunda etapa, en cuanto a las etapas del testamentario no se logra desprender de lo analizado las etapas, encontrando única diferencia es la existencia de testamento.
- ✓ **Honduras y Nicaragua.** Dos formas de suceder, testamentaria e intestado, siendo que esta contiene en principio solo cuatro etapas, como es apertura, inventario y avalúo, declaratoria de herederos y junta de herederos y partición.

Entre los requisitos que se establecen en cada una de las legislaciones para poder tramitar procesos sucesorios extrajudicial, debo mencionar: no debe existir controversia entre los requirentes, y también se establece de forma expresa que el momento de existir contención el fedatario no debe continuar con el proceso y debe de ser remitido al juez competente para que continúe con el sucesorio, pero en vía judicial.

En las legislaciones de los países en estudio, durante el desarrollo del proceso sucesorio notarial, el fedatario debe de dar fe pública de todo lo actuado, por medio de actas notariales. En la etapa de apertura del procedimiento notarial, el Notario realiza el

acta de requerimiento, y una vez que esta es firmada por los interesados, se establece que se da por iniciado el proceso.

En Honduras y Nicaragua la legislación establece claramente quienes están llamados a solicitar el inicio del trámite e incluso en qué orden se encuentran llamados a heredar y en Guatemala, El Salvador y Costa Rica, establece que están llamados a radicarlo todas aquellas personas capaces de solicitarlo o que tengan interés.

El fedatario está facultado para declarar herederos, el cual se realiza por medio de actas, dando fe pública de lo actuado ante él, así como la posibilidad de acumulación de procesos, ya que el proceso sucesorio extrajudicial es un proceso que afecta directamente los derechos de las personas.

El reconocimiento de los beneficios de los herederos se ve ampliamente favorecidos, cuando se realiza un proceso notarial, principalmente por los tiempos de ejecución de cada una de las etapas del proceso.

En los Estados estudiados, se establece que la representación puede ser mediante un abogado o una persona que se encuentre debidamente acreditado para realizar dicha representación, es decir, puede ser representada por un tercero.

En definitiva, cada país analizado, pretende el asegurar la última voluntad del causante, así como los derechos de las personas que son llamadas a heredar o interesados, para poder lograr la declaración de herederos.

En los Estados analizados se establece la obligación de realizar publicaciones de edictos, con la finalidad de comunicar sobre la existencia del sucesorio, y se apersonen los interesados en caso de existir. Cabe destacar que en cuando a la publicación de los edictos, se dan algunas diferencias entre las legislaciones analizadas, específicamente en cuanto a los diarios a publicar, por ejemplo, en El Salvador debe de publicarse en el diario oficial y adicionalmente en dos diarios de mayor circulación. En Nicaragua debe de realizarse en el Periódico Oficial y si no existe en carteles públicos.

Para establecer la existencia del testamento, todas las legislaciones establecen la disposición de solicitar informes a los registros y otras instituciones. Como es el caso del Registro de la Propiedad para el caso de Guatemala. Por último, vemos que durante el desarrollo del proceso se involucran otras instituciones, en el caso de Guatemala participa la Procuraduría General de la Nación; para el caso de El Salvador, Nicaragua y Costa Rica si regulan el involucramiento de otras instituciones, con la excepción de Honduras.

Vemos como en las legislaciones de los países en análisis, el derecho a suceder se encuentra regulado en el Código Civil, por ejemplo, en Costa Rica. Artículo 522 del Código Civil, El Salvador. Artículo 952 del Código Civil, Honduras. Artículo 930 del Código Civil y Nicaragua. Artículo 933 del Código Civil y en el mismo cuerpo legal se establece en qué forma se desarrollan los derechos y obligaciones de un proceso sucesorio ya sea intestado o testamentario, como lo vimos en el segundo apartado.

4. Conclusiones y propuestas de mejora

Durante el análisis de la legislación se ve la necesidad para el caso de Nicaragua, Costa Rica y Honduras crear una legislación específica para los trámites en jurisdicción voluntaria, ya que las disposiciones que regulan el proceso sucesorio extrajudicial se encuentran establecidas en diferentes cuerpos legales.

El darle competencia a los notarios para que tramiten asuntos de actividad judicial no contenciosa, permite darles celeridad a los procesos sucesorios y desahogar los tribunales, el notario no viene a sustituir al juez, tampoco debe dictar resoluciones, ni es necesario realizar notificaciones, ni se redactan escritos, en virtud de que todos los herederos e interesados deben de estar de acuerdo en cómo se van a repartir los bienes.

El procedimiento de las sucesiones ante notario público es optativo, no obstante, sólo podrá ser sometido al conocimiento del fedatario siempre y cuando no exista controversia, en momento que exista litis, pasa de vía notarial a judicial, cada país establecerá sus presupuestos indispensables.

Debe ser prioritario para los Estados procurar tener legislación robusta que permita generar garantías suficientes en el procedimiento sucesorio.

Debe unificarse con claridad todas las etapas el procedimiento en los Países en estudio bajo un criterio de unificación de establecer una normativa regional.

Guatemala fue el primer país de la región centroamericana en darle la potestad al notario de tramitar y declarar herederos en los Procesos Sucesorios, de acuerdo al Código Civil y Código Procesal Civil y Mercantil, y posteriormente con la creación de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria.

El Salvador, utiliza como proyecto la legislación de Guatemala, en la ley del ejercicio notarial de la jurisdicción voluntaria y de otras diligencias, por lo que incluye al proceso sucesorio extrajudicial, en el ámbito de aplicación de la misma.

De acuerdo al Código Procesal Civil de Honduras, se establece la regulación al fuero de atracción, por lo que aplicará esa disposición entre procesos cuya acumulación requiere que exista tal conexión, de seguirse por separado, se puede dictar sentencias con pronunciamientos o fundamentos discordantes, incompatibles o excluyentes, el que debe seguirse de acuerdo al orden del proceso más antiguo, y este se determina por la fecha en que se presentó la demanda.

En Nicaragua este proceso lo encontramos en la vía de jurisdicción voluntaria, de acuerdo al Código Procesal Civil de dicho país, y no debe de existir controversia entre las partes requirentes, en caso de presentarse oposición, se debe de trasladar el expediente y se discutirá por los trámites del proceso sumario. En el título XXIV del Código Civil, establece como debe ser la apertura de la sucesión, aceptación, repudio e inventario.

En Costa Rica hay fedatarios que entienden que este proceso se lleva a cabo por medio de la realización únicamente de dos actas y hacerlo en el menor tiempo posible, un mes, inclusive quince días, situación que podría causar el no respetar los plazos establecidos por ley, siendo que no existe necesidad de incumplir la norma cuando

perfectamente podría llevarse en menos de tres meses en vía notarial, ya que el proceso judicial dura hasta dos años en promedio.

Para el caso de Costa Rica específicamente, se propone;

Fiscalización permanente para que los fedatarios respeten los plazos establecidos por ley, siendo que no existe necesidad de incumplir la norma cuando perfectamente podría llevarse en menos de tres meses en vía notarial, ya que el proceso judicial dura hasta dos años en promedio.

Que la labor del Notario, no se reduzca en verificar el cumplimiento de las cinco etapas: apertura, inventario y avalúo, declaratoria de herederos, junta de herederos y partición, en un tiempo mucho menor que el judicial, la necesidad de agotar las cinco etapas del proceso, tal y como se hace en vía judicial, esto aplica únicamente para el caso de sucesiones notariales **ab intestato**, ya que el testamentario se podría realizar en tres etapas, por lo que se puede decir, que no se considera que exista una “forma correcta y otra incorrecta”, establecida en norma legal o de rango inferior de tramitar los sucesorios notariales, siempre y cuando se cumpla con la ley a cabalidad y se documenten correctamente los hechos.

El artículo 130 del Código Notarial de Costa Rica, establece que las actuaciones de los notarios serán extraprotocolares para el trámite de los asuntos de actividad judicial no contenciosa, pero esto no obsta, para el caso de los sucesorios, que las actas se puedan realizar en el protocolo en caso de que se realice todo el proceso en dos actas únicamente. En todo caso, la tramitación mediante dos actas es únicamente una forma, entre otras, a gusto o criterio del Notario, de realizar el proceso sucesorio en su sede ²⁵⁹. Aquí, me lleva la necesidad de dejar planteada la importancia de realizar una investigación o un manual donde se contemplen paso a paso, las diferentes actividades que se deben a llevar a cabo en cada etapa, considerando las consecuencias de no cumplir con los requisitos que establece la ley, como también los lineamientos de la Dirección Nacional de Notariado.

Que se busque una solución ante la problemática, que se presenta desde noviembre del 2011 en Costa Rica, una vez concluido el expediente, de conformidad con el artículo 131 del Código Notarial, se debe remitir para su custodia definitiva ²⁶⁰, pero este no esté siendo recibido y se debe mantener en custodia en su notaria, con el argumento que una vez que la Dirección Nacional de Notariado no forma más parte del Poder Judicial, el Archivo Judicial no recibe estos expedientes, actualmente no sea definido el punto de quien continuará custodiando los expedientes. Considero, que el Archivo Judicial es quien debe seguir custodiando los expedientes, porque expresamente lo manda la ley y se trata precisamente de “actividad judicial” delegada a los Notarios, otra problemática que se presenta es la falta de regulación cuando el Notario es suspendido, el cese voluntario o forzoso, así como el fallecimiento del cartulario, durante el trámite que este conociendo. Únicamente estipula que el expediente deberá entregarse al Archivo, pero sin brindar una solución a los interesados

²⁵⁹ Ley no. 7764: Código Notarial, 131.

²⁶⁰ *Ibíd.*, 131.

del proceso. Es necesario que se contemple este aspecto, ya que el expediente no puede quedar inconcluso pues iría en detrimento de los intereses de los procesos de actividad judicial no contenciosa tramitados en sede notarial. También se carece de un plazo establecido para el depósito del expediente al Archivo Judicial, pues únicamente se indica que, concluido el proceso, el fedatario entregará de inmediato el expediente original, ya sea personalmente o por medio de tercero autorizado.

El control y fiscalización de la función notarial, en general, y por ende de los procedimientos sucesorios notariales, le corresponde a la Dirección Nacional de Notariado, el cual la ejerce a través de las fiscalizaciones aleatorias, órgano rector de la actividad notarial y a través de las denuncias que los usuarios o la misma DNN realicen ya sea ante el Consejo Superior Notarial o ante los Juzgados Notariales. En el “Manual de Procedimientos de Fiscalización Notarial” publicado en el Alcance No 50 a La Gaceta No. 53 del 15 de marzo del 2013 ²⁶¹, se contempla las actividades que debe realizar el Fiscal Notarial durante la inspección de las oficinas notariales, como es la revisión de los expedientes de actividad judicial no contenciosa, para lo cual deberá verificar y constatar el adecuado manejo y conformación de los expedientes, observando el cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales, y en Sesión del Consejo Superior Notarial No. 6 de 13 de marzo del 2013, publicados en el Alcance No. 93 a La Gaceta No. 97 de 22 de mayo del 2013, se aprueba los “Lineamientos para el ejercicio y control del servicio notarial” ²⁶².

El Código Notarial de Costa Rica, se estableció una prohibición para proseguir con la sucesión notarial en caso de que existan menores de edad e incapaces. Con base en la protección especial que se les ha dado a estos grupos vulnerables, se consideró que únicamente ante un proceso judicial podía haber una defensa plena de sus intereses. Sin embargo, si se considera que pudieron haber existido otros mecanismos de tutela, como el nombramiento de un curador, o la intervención de la institución pública cuya misión en proteger la niñez, como lo es el Patronato Nacional de la Infancia en Costa Rica.

En mi opinión considero necesario un compendio especial de normas en cada país, que regule el proceso sucesorio notarial, y no como se encuentran actualmente en diferentes normas, el cual puede provocar defectos en la tramitación de dichos procesos por parte del fedatario.

Como alternativas de solución, se propone realizar consulta a la Dirección Nacional de Notariado, con la finalidad que emita un criterio, el cual sería vinculante como ente rector, sobre cuál es el procedimiento adecuado a seguir en los procesos sucesorios testamentarios y ab intestados, el que solucionaría el vacío legal sobre cuál es el procedimiento adecuado a seguir en cada caso, siendo que los notarios no tienen facultades para aplicar analógicamente las normas.

Otra de las alternativas de solución que se propone, es la elaboración de un manual escrito que establezca cual es el proceso más adecuado a seguir en cada caso por parte de los Fedatarios, lastimosamente por el espacio y tiempo no es posible realizarlo

²⁶¹ Manual de Procedimientos de Fiscalización Notarial de Costa Rica, (Costa Rica, Alcance no. 50 publicado en el Diario Oficial la Gaceta, 15 de marzo del 2013).

²⁶² Lineamientos para el ejercicio y control del servicio notarial, (Costa Rica, Sesión del Consejo Superior Notarial, publicado en Alcance no. 93 publicado en el Diario Oficial la Gaceta, 22 de mayo del 2013).

en esta investigación, como se desprende en los demás países, únicamente Costa Rica, Guatemala se obtuvo mayor información de investigaciones, pero no de la forma que se plantea paso a paso cada etapa, estableciendo aspectos de procedimentales, cartularios y registrales, por ejemplo.

Y, por último, realizar capacitaciones a los fedatarios, estudiantes, sobre la forma propuesta de tramitar los procesos sucesorios en sede notarial, ya que esta permite tener interacción con los notarios, estudiantes, profesores, entre otros, y de esta forma tener intercambio de experiencias, etc.

5. Referencias Bibliográficas

Código Civil de la República de El Salvador, El Salvador, Decreto Ejecutivo del 23 de agosto de 1859.

Código Civil de la República de Guatemala, Guatemala, Decreto de Ley no. 106 del 14 de septiembre de 1963.

Código Civil de la República de Honduras, Honduras, Asamblea Nacional Constituyente del 19 de enero de 1906.

Código Civil de la República de Nicaragua, Congreso de la Republica de Nicaragua, 1 de febrero de 1904.

Código de Procesal Civil de la República de Costa Rica, Decreto Ley no. 9342, 3 de febrero, 2016.

Código del Procedimiento Civil de la República de Nicaragua, Congreso de la Republica de Nicaragua, 8 de marzo, 2002.

Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala. Guatemala, Decreto de Ley no. 107, 14 de septiembre, 1963.

Ley de Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de otras diligencias, El Salvador, Decreto 1073, 13 de abril, 1982.

Ley de Registro de Procesos Sucesorios, Decreto de Ley no. 73-75, Guatemala 15 de octubre, 1975.

Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria. Decreto 54-57 del Congreso de la República de Guatemala, 3 de noviembre, 1977.

Lineamientos para el ejercicio y control del servicio notarial, Costa Rica, Sesión del Consejo Superior Notarial, publicado en Alcance no. 93 publicado en el Diario Oficial la Gaceta, 22 de mayo del 2013.

Manual de Procedimientos de Fiscalización Notarial de Costa Rica, Costa Rica, Alcance no. 50 publicado en el Diario Oficial la Gaceta, 15 de marzo del 2013.

Nexus Poder Judicial de Costa Rica. “Resolución no. 2004-12627 de la Sala Constitucional de Costa Rica: 14 horas y 59 minutos del 10 de noviembre, 2004.” *Nexus Poder Judicial de Costa Rica*. Consultado 22 de agosto. 2020, <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-297340>

Parajeles Vindas, Gerardo. *Manual del Proceso Sucesorio Judicial y Notarial*. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas 2010.

Sistema Costarricense de Información Jurídica. “*Directriz 01-2010*: 17 de mayo, 2017.” *Sistema Costarricense de Información Jurídica*. Consultado 22 de agosto. 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=68974&nValor3=82647&strTipM=TC

Sistema Costarricense de Información Jurídica. “Ley no. 63: Código Civil: 28 de septiembre, 1887.” *Sistema Costarricense de Información Jurídica*. Consultado 22 de agosto. 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=15437

Sistema Costarricense de Información Jurídica. “Ley no. 7764: Código Notarial: 6 de abril, 1998.” *Sistema Costarricense de Información Jurídica*. Consultado 22 de agosto. 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=42683

Sistema Costarricense de Información Jurídica. “Ley no. 7130: Código Notarial: 16 de agosto, 1989.” *Sistema Costarricense de Información Jurídica*. Consultado 22 de agosto. 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=12443&strTipM=TC

SEGUNDA PARTE

Propiedad intelectual, signos distintivos, protección al consumidor y comercio.

Límites jurídicos a la publicidad en Centroamérica

Giselle Boza Solano.*²⁶³

Sumario. **1.** Introducción. **2.** El modelo de protección al consumidor en Centroamérica: análisis comparativo de 4 países. 2.1 Costa Rica. 2.2. El Salvador. 2.3. Honduras. 2.4 Panamá. **3.** La publicidad como objeto de regulación jurídica. 3.1. El derecho a la información del consumidor. 3.2. La publicidad falsa y engañosa. 3.4 Publicidad sexista. 3.5. Nuevas tendencias regulatorias. **4.** Régimen de regulación a la publicidad. 4.1. Costa Rica. 4.2. El Salvador. 4.3. Honduras. 4.4. Panamá. **5.** Las agencias de protección al consumidor: institucionalidad y competencias en materia publicitaria. **6.** Límites a la publicidad: tendencias jurisprudenciales. **7.** Los derechos de los consumidores y la publicidad en el derecho comunitario. **8.** Conclusiones. **9.** Referencias bibliográficas.

Resumen: Este trabajo explora los límites jurídicos a la publicidad comercial de bienes y servicios en el contexto del modelo de protección al consumidor en cuatro países centroamericanos: Costa Rica, El Salvador, Honduras y Panamá; en aplicación del método comparado se recurre a los siguientes formantes: doctrina, legislación (nacional y comunitaria), jurisprudencia judicial y desarrollo de la institucionalidad.

1. Introducción

En el contexto de una serie de transformaciones del comercio mundial, a partir de los años sesenta del siglo XX, se dictan diversas disposiciones para la protección de los consumidores en relación con la actuación de las empresas en los mercados.²⁶⁴ Este avance se acrecienta con la adopción de un modelo de desarrollo basado en la apertura comercial, la promoción de las exportaciones y los acuerdos de libre comercio entre los países.

Según Bercovitz, la razón de estos movimientos de protección de los consumidores "...se basa en la idea de que existe un gran desequilibrio entre el consumidor, el ciudadano normal y las empresas, de donde resulta que estas pueden cometer y cometen toda clase de abusos impunemente. Para restablecer un cierto equilibrio en esas relaciones, es indispensable la intervención del legislador. Se trata,

²⁶³* Periodista y abogada con una Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica. Es coordinadora del Programa de Libertad de Expresión (Proledi), investigadora del Centro de Investigación en Comunicación (Cicom) y docente de la Escuela de Ciencias de la Comunicación Colectiva de la Universidad de Costa Rica.

²⁶⁴ En Europa, entre otras, la Consumer Protection Act Británica de 1961, y la Fair Trading Act de 1963, la Ley Belga sobre prácticas comerciales de 1971, o la Ley Francesa para la ordenación del comercio y la artesanía, conocida como Ley Royer, de 1973.

por tanto, de proteger a los consumidores mediante la imposición de normas legales de carácter imperativo.”²⁶⁵

En Centroamérica, de 1994 al 2008²⁶⁶, se presenta una etapa importante de promulgación o reforma de textos constitucionales o legales sobre protección al consumidor; aunque existían textos legales anteriores, por ejemplo, Costa Rica promulga su primera Ley de Protección al Consumidor (No. 5675), en 1975 y Honduras en 1989. Posteriormente, a partir de la segunda década del siglo XXI, en algunos casos acompañados de normativa nacional e internacional sobre competencia en los mercados, se dan una serie de reformas legales a los textos aprobados en el periodo anterior.²⁶⁷

*Existen elementos comunes que llevaron a la mayoría de los países centroamericanos a desarrollar políticas de competencia a partir de mediados de la década de los años noventa. El Salvador, Honduras, Panamá, y en menor medida Costa Rica y Nicaragua, habían pasado por un período de desregulaciones, apertura de mercados y privatizaciones en los años ochenta e inicio de los noventa que significó la transferencia de empresas del sector público al sector privado, sin que contaran con un marco legal que sentara las reglas para la competencia en los mercados.*²⁶⁸

Costa Rica es de los primeros países en desarrollar una política de competencia en Centroamérica al dictar la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor en 1994 (Ley N° 7472), en razón de las obligaciones que había adquirido con los tratados de libre comercio y programas de ajuste estructural. A nivel constitucional, aprueba una reforma al artículo 46, mediante Ley No. 7607 de 29 de mayo de 1996, que reconoce expresamente una serie de derechos a los consumidores de bienes y servicios.

En Costa Rica²⁶⁹ y Panamá²⁷⁰ los textos constitucionales reconocen expresamente los derechos de los consumidores. Otras constituciones de la región establecen la obligación del Estado de velar por los intereses de este actor en el mercado.

En este periodo, los Estados incorporan normas orientadas a reconocer la protección jurídica de los adquirentes de bienes y servicios en el mercado, tutelando una amplia variedad de derechos: el derecho a la protección de los intereses económicos, por ejemplo la nulidad de

²⁶⁵ Alberto Bercovitz, *Apuntes de Derecho Mercantil* (Navarra, España: Aranzadi, 2013), 207.

²⁶⁶ En Costa Rica, la Ley No. 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor se promulga en 1994; en El Salvador, la Ley No. 776 de Protección al Consumidor, en 2005; en Honduras, la Ley de Protección al Consumidor de 1989 es sustituida en 2008; y, en Panamá, la Ley No. 45, Dicta Normas de Protección al Consumidor, en 2007.

²⁶⁷ Costa Rica reforma la Ley No. 7472, promulgada en 1994, en los años 2012 y 2016; El Salvador reforma la Ley No. 776, promulgada en 2005, en los años 2013, 2018 y 2019; Honduras sustituye su Ley, de 1989, en 2008; y, Panamá reforma su Ley No. 45, de 2007, en 2008 y 2018.

²⁶⁸ Celina Escolán y Claudia Schatan, *Panorama y retos de la política de competencia en Centroamérica* (México: Serie Estudios y Perspectivas CEPAL, 2017), 10.

²⁶⁹ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, *Ley no. 7607: Reforma Constitucional a los Artículos 24 y 46 de la Constitución Política* (San José, 29 de mayo, 1996, publicado el 18 junio, 1996), 46, consultado el 10 de agosto de 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=25026&nValor3=26476&strTipM=FN

²⁷⁰ Asamblea Nacional de la República de Panamá, *Constitución Política de 1972* (reformada por los Actos Reformatorios de 1978, el Acto Constitucional de 1983, y los Actos Legislativos No. 1 de 1993 y No. 2 de 1994, y al Acto Legislativo No. 1 de 2004; La Gaceta Oficial No. 25176, 15 noviembre, 2004), 49, consultado el 10 de agosto de 2020, <https://www.cijc.org/es/NuestrasConstituciones/PANAM%C3%81-Constitucion.pdf>

cláusulas abusivas en contratos de adhesión, la seguridad y la salud; la organización en redes de consumidores; la asistencia y asesoramiento por parte de órganos públicos; la tutela efectiva de sus derechos y el derecho a la información; y la responsabilidad por publicidad falsa o engañosa.

Tal reconocimiento de derechos a los adquirentes de bienes y servicios, es consecuencia de las decisiones internacionales que obligan a los Estados a promover la apertura comercial y la libre competencia

Dentro de las leyes marco de protección al consumidor se encuentran integradas una serie de disposiciones normativas y competencias de las agencias nacionales vinculadas, por un lado, con el derecho de los comerciantes de informar acerca de los bienes y servicios disponibles en el mercado, como sobre el derecho colateral de los adquirentes a recibir información, adecuada y veraz para formar su decisión de consumo.

Para el año 2007, a nivel comunitario, se conforma el Consejo Centroamericano de Protección al Consumidor (CONCADECO) con la idea de:

a. Crear mecanismos conjuntos que permitan fortalecer la defensa y protección de los derechos de los consumidores centroamericanos, y

b. Desarrollar e intensificar las relaciones entre las agencias gubernamentales de protección al consumidor de Centroamérica por medio de la cooperación y la ayuda mutua, para la tutela efectiva de los consumidores de la región²⁷¹. El Consejo, creado en el seno del Sistema de Integración Centroamericana (SICA) es avalado posteriormente por los mandatarios de la región.²⁷²

Considerando el contexto anterior pretendemos, desde una perspectiva comparatista, identificar algunos elementos comunes de la normativa, la institucionalidad y la jurisprudencia de los cuatro países analizados, a partir de las siguientes preguntas de investigación:

- ¿Existe un modelo similar de regulación a la publicidad en los países centroamericanos?
- ¿Cuáles son las expresiones publicitarias reguladas y cuáles son los límites jurídicos?
- ¿Existen nuevas tendencias regulatorias de la publicidad en los distintos países?
- ¿Cuáles son las tendencias de la jurisprudencia en materia de límites a la publicidad?
- ¿El Derecho Comunitario Centroamericano de Protección al Consumidor incide, de alguna forma, en las tendencias regulatorias?

Como hipótesis de trabajo partimos de los siguientes presupuestos: Si bien los modelos sobre derecho del consumo y publicidad en los países centroamericanos evolucionan hacia un conjunto de principios, disposiciones e institucionalidad con rasgos comunes, también es cierto que la conformación hacia un sistema comunitario es incipiente en esta materia.

²⁷¹ El Convenio Constitutivo del Consejo Centroamericano de Protección al Consumidor (CONCADECO), suscrito el 18 de mayo de 2007 por las agencias gubernamentales encargadas de tutelar los derechos de los consumidores de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá.

²⁷² XXX Reunión Ordinaria de Jefes de Estado y de Gobierno de los Países del SICA (Belize, 29 de junio de 2007).

1. El modelo de protección al consumidor en Centroamérica: análisis comparativo de cuatro países.

En la región, el marco normativo de protección a los consumidores adquiere su mayor desarrollo en el periodo 1994-2008. Posteriormente, se dan una serie de reformas que marcan la evolución del modelo hacia el reconocimiento de una diversidad de derechos. Todos los países cuentan, a nivel constitucional y legal, con normas que reconocen el deber del Estado de tutelar los intereses de los consumidores. “Todas las constituciones políticas tienen disposiciones de protección al consumidor, aunque el objeto tutelado esté definido de distinta manera. En Costa Rica y Panamá los textos constitucionales reconocen explícitamente el derecho del consumidor, mientras que en el resto de los países lo que se establece es la obligación del Estado de proteger al consumidor”²⁷³

A partir del año 2000, se inició un proceso constante de desarrollo institucional para la protección de derechos de los consumidores. En particular, ocurre el fortalecimiento de las agencias u órganos encargados de tutelar estos derechos en cada uno de los Estados, con competencias específicas creadas por Ley.

2.1. Costa Rica

Costa Rica promulga su primera Ley de Protección al Consumidor (No. 5675), en 1975, derogada posteriormente por la Ley No. 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, en 1994. La reforma constitucional al artículo 46 de la Constitución Política reconoció una serie de derechos a los consumidores, entre ellos el derecho a la información ²⁷⁴ y la obligación del Estado de apoyar a los organismos de defensa de sus intereses.

Según los proponentes de esta reforma, la dinámica de los negocios, los procesos de globalización y la competencia mercantil exigían balancearse con los derechos e intereses legítimos de los consumidores y usuarios. “A la vez que se reconoce esa libertad fundamental (libertad de empresa) y se definen sus alcances y límites, se incorporarían con la reforma propuesta, por primera vez, y de manera unívoca, los derechos e intereses legítimos de consumidores y usuarios...”²⁷⁵

La Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y sus reformas de 2012 y 2016, establece, en su artículo 32, que son derechos de los consumidores: a) La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud, su

²⁷³ Consejo Centroamericano de Protección al Consumidor, *El Estado de la protección de los derechos del consumidor*. (El Salvador, 2008), consultado 18 de octubre de 2019, http://www.sica.int/busqueda/busqueda_archivo.aspx?Archivo=odoc_37323_1_25062009.pdf

²⁷⁴ Asamblea Legislativa, *Constitución Política de la República de Costa Rica*, (San José, Costa Rica, Reformado por Ley No. 7607 de 29 de mayo de 1996), consultado 18 de octubre de 2019, https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871. El artículo 46, párrafo final dispone: “Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias.”

²⁷⁵ Asamblea Legislativa. *Expediente No. 12023 (Exposición de motivos)*, consultado 18 de octubre de 2019, <http://imagenes.asamblea.go.cr/EINTEGRATOR4/document.aspx?query=1009&doc=1003628>

seguridad y el medio ambiente. b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales. c) El acceso a una información, veraz y oportuna, sobre los diferentes bienes y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio. d) La educación y la divulgación sobre el consumo adecuado de bienes o servicios, que aseguren la libertad de escogencia y la igualdad en la contratación. e) La protección administrativa y judicial contra la publicidad engañosa, las prácticas y las cláusulas abusivas, así como los métodos comerciales desleales o que restrinjan la libre elección. f) Mecanismos efectivos de acceso para la tutela administrativa y judicial de sus derechos e intereses legítimos que conduzcan a prevenir adecuadamente, sancionar y reparar con prontitud la lesión de estos, según corresponda y g) Recibir el apoyo del Estado para formar grupos y organizaciones de consumidores y la oportunidad de que sus opiniones sean escuchadas en los procesos de decisión que les afecten.

2.2 El Salvador

La Constitución Política salvadoreña no reconoce expresamente los derechos de los consumidores, pero sí el deber del Estado de tutelar sus intereses.²⁷⁶ La Ley de Protección al Consumidor, No. 776 promulgada en 2005 (con reformas de 2013, 2018 y 2019) en el artículo 4 enumera, con profuso detalle, una serie de derechos recogidos en 17 incisos, entre ellos: c. Recibir del proveedor la información completa, precisa, veraz, clara y oportuna que determine las características de los productos y servicios a adquirir, así como también de los riesgos o efectos secundarios, si los hubiere, y de las condiciones de la contratación; d. Ser protegido contra la publicidad engañosa o falsa en los términos establecidos en el Inc. 4o del Art. 31 de esta ley; (1) e. Adquirir los bienes o servicios en las condiciones o términos que el proveedor ofertó públicamente; entre otras.

2.3 Honduras.

El artículo 331 de la Constitución Política de Honduras establece, de manera indirecta, la protección de los intereses de los consumidores²⁷⁷ ligada a la libertad de iniciativa económica. La Ley de Protección al Consumidor de 1989 fue sustituida en 2008 por un nuevo cuerpo normativo (Decreto No. 024-2008). El texto establece, en su artículo 9, como derechos básicos de los consumidores, entre otros: 5) El suministro de información por parte de los proveedores en forma apropiada, clara, veraz y oportuna sobre los bienes y servicios, 6) La protección contra la publicidad engañosa o falsa, las

²⁷⁶ Asamblea Constituyente de la República de El Salvador, *Constitución Política de 1983* (Diario Oficial No. 234, 16 diciembre, 1983), 101, consultado el 10 de agosto de 2020, <https://www.asamblea.gob.sv/legislacion/constitucion>. “El Estado promoverá el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción, la productividad y la racional utilización de los recursos. Con igual finalidad, fomentará los diversos sectores de la producción y defenderá el interés de los consumidores”.

²⁷⁷ Asamblea Nacional Constituyente de la República de Honduras, *Constitución Política de 1982* (Decreto No. 131, 11 enero, 1982), 331, consultado el 10 de agosto de 2020, <https://www.tsc.gob.hn/biblioteca/index.php/leyes/177-constitucion-de-la-republica-de-honduras> “El Estado reconoce, garantiza y fomenta las libertades de consumo, ahorro, inversión, ocupación, iniciativa, comercio, industria, contratación de empresa y cualesquiera otras que emanen de los principios que informan esta Constitución. Sin embargo, el ejercicio de dichas libertades no podrá ser contrario al interés social ni lesivo a la moral, la salud o la seguridad pública”.

modalidades de ventas coercitivas o discriminatorias y las prácticas y cláusulas abusivas que se le impongan en perjuicio de sus intereses económicos y, 7) La protección contra el uso engañoso de signos distintivos.

2.4 Panamá

La Constitución Política panameña, al igual que la costarricense, reconoce expresamente una serie de derechos a los consumidores, entre ellos el derecho a la información.²⁷⁸ La Ley 45 de octubre de 2007 (modificada la Ley No. 29 de 2 de junio de 2008 y por Ley No. 14 del 20 de febrero de 2018), establece en el artículo 35, sobre Derechos de los Consumidores: 2) Recibir de los proveedores toda la información sobre las características del producto o servicio ofrecido, de manera clara y veraz, para poder tomar una decisión al momento de realizar la adquisición del producto o servicio, así como para efectuar el uso o consumo adecuado de este, de conformidad con las leyes nacionales 4) Ser protegidos en sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo, en toda relación de consumo, y contra métodos comerciales coercitivos o que impliquen faltas a la veracidad o información errada o incompleta sobre los productos o servicios.

2. La publicidad como objeto de regulación jurídica

Las relaciones de consumo entre empresarios y consumidores están reguladas por un régimen especial, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. En ese campo, la publicidad resulta relevante para el derecho en la medida en que influye en el proceso de construcción de la decisión de consumo. Si bien la publicidad comercial es un factor determinante para la libre competencia, sus mayores regulaciones derivan del carácter persuasivo de que están dotados los mensajes publicitarios, lo que hace suponer algunos riesgos para el consumidor.

La información publicitaria puede modificar el acto de consumo y determinarlo en razón del contenido del mensaje. Martín García citado por Sánchez del Castillo sostiene: “La influencia de dicha actividad en las decisiones, fundamentalmente económicas de los consumidores, plantea un desarrollo paralelo de la función legislativa con respecto a la materia publicitaria sometida a una exigencia de veracidad, que impida la distorsión de la realidad del producto anunciado, que induzca a error, cause daño, o incluso, pueda incidir en la competencia empresarial de forma negativa.”²⁷⁹

²⁷⁸ Asamblea Nacional de la República de Panamá, *Constitución Política de 1972* (reformada por los Actos Reformativos de 1978, el Acto Constitucional de 1983, y los Actos Legislativos No. 1 de 1993 y No. 2 de 1994, y al Acto Legislativo No. 1 de 2004; La Gaceta Oficial No. 25176, 15 noviembre, 2004), 49, consultado el 10 de agosto de 2020, <https://www.cijc.org/es/NuestrasConstituciones/PANAM%C3%81-Constitucion.pdf> “El Estado reconoce y garantiza el derecho de toda persona a obtener bienes y servicios de calidad, información veraz, clara y suficiente sobre las características y el contenido de los bienes y servicios que adquiere; así como a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. La Ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, su educación y los procedimientos de defensa del consumidor y usuario, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la trasgresión de estos derechos.”

²⁷⁹ Vilma Sánchez del Castillo, *La publicidad en Internet* (Madrid, España: La Ley, 2007), 168.

Ese desarrollo legislativo supone el reconocimiento de una serie de derechos en relación con la actividad publicitaria de los anunciantes: el acceso de los consumidores a una información veraz y oportuna, educación y divulgación sobre consumo adecuado de bienes y servicios, la tutela cautelar y también la protección administrativa y judicial contra la publicidad engañosa, entre otros; a la vez, acarrea obligaciones para los comerciantes de informar de manera clara y veraz. Precisamente, la reforma al artículo 46 de la Constitución Política de Costa Rica, en 1996, incorporó el derecho de los consumidores a recibir información adecuada y veraz.

La Sala Constitucional de Costa Rica, al referirse al principio de veracidad de la información publicitaria sostiene:

(...) el principio de veracidad de la propaganda debe ser el de mayor trascendencia, en el sentido de que debe respetarse la verdad del contenido del mensaje, evitando al máximo que se desnaturalicen los hechos o se haga incurrir al interlocutor comercial en un error. Desde este punto de vista, la veracidad funciona en una doble vía para proteger la verdad del contenido publicitario y para amparar sobre todo al consumidor, que como destinatario final -según se ha dicho en los párrafos anteriores- no puede ser sorprendido por una publicidad deformada.²⁸⁰

Una de las discusiones a nivel de doctrina y jurisprudencia es si la actividad publicitaria, como propia de la función empresarial en un mercado competitivo, se enmarca dentro del ámbito de las libertades de expresión e información. En general, existen más consensos que disensos en el sentido de considerar el mensaje publicitario como manifestación de la libertad de expresión comercial.

La Sala Constitucional de Costa Rica ha considerado que la libertad de información comprende la prensa escrita, oral, audiovisual y, por su naturaleza, se encuentra relacionada con el derecho de crónica, de crítica, a la industria o comercio de la prensa y al fenómeno de la publicidad.²⁸¹

No obstante que se considere manifestación de la libre expresión comercial, la publicidad tiene límites propios ligados a la libertad de empresa o mercantil.

3.1 El derecho a la información del consumidor.

La información es uno de los pilares sobre los que se asienta el derecho del consumidor. La publicidad, como acto comunicativo, está vinculada con el derecho constitucional a la información, solo que sometida a límites que derivan de su relación con los derechos de los consumidores, en particular, por incidir en la formación de su voluntad de compra.

En la actualidad, el gran desarrollo de las nuevas tecnologías de información que incide en nuevas formas de consumo y competencia, le asignan al derecho a la información un lugar

²⁸⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucionalidad: voto 5393-97* (Costa Rica, 5 de setiembre, 1997 15.18 horas, expediente 97-000995-0007-CO, considerando, párr.7).

²⁸¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Acción de Inconstitucionalidad: voto 8196-2000* (Costa Rica, 13 de setiembre, 2000 15:08 horas, expediente 96-002890-0007-CO).

relevante. Según Sánchez del Castillo²⁸², bajo el derecho a la libertad de información quedan protegidas la libertad de expresión –de pensamientos, ideas y opiniones- y la libertad de comunicar o recibir información veraz.

Las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección de los Consumidores recoge, entre las necesidades legítimas que se pretenden atender por parte de los Estados: (...) e) El acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual.²⁸³

El derecho a la información del consumidor parte de un evidente desequilibrio entre el proveedor de bienes o servicios, quien maneja el conocimiento del negocio y, por tanto, es el poseedor de la información, y la posición vulnerable en que se encuentra el consumidor.

Para Batello y Shina, no se debe confundir la información que obliga a los proveedores con la publicidad. Es decir, distinguen entre publicidad, “como el derecho que tienen los proveedores a presentar los productos que venden destacando las cualidades que ellos tienen”, y la información que “es la obligación que pesa sobre los proveedores de indicarnos para qué sirve el producto, cómo debe usarse, y cuánto tiempo puede durar en buen estado”.²⁸⁴

La separación que formulan los autores entre publicidad e información no parece la más apropiada. El derecho a la información de los consumidores es un concepto mucho más amplio de facultades y prerrogativas que tiene el consumidor frente al proveedor de bienes y servicios para que este le dote de datos, informaciones, cualidades, ventajas, desventajas del producto o servicio, que le permitan formar su voluntad de consumo. La modalidad del mensaje puede ser distinta desde el acto comunicativo con los datos puros, simples, objetivos y comprobables de las características esenciales del producto, hasta el mensaje creativo y persuasivo de la publicidad, todos están enmarcados bajo el derecho a la información del consumidor.

Lo que ampara el derecho a la información son las comunicaciones comerciales veraces, que no tengan como finalidad el engaño ni la confusión, no importa la modalidad del mensaje.

3.2. La publicidad engañosa

El concepto de publicidad engañosa se utiliza para designar a una gran variedad de formas de publicidad ilícita. Se considera como el supuesto de publicidad contraria a derecho, de mayor relevancia en los ordenamientos jurídicos. Su contracara es el principio de veracidad, que resulta esencial en materia publicitaria tanto para los consumidores -para formar sin vicios su voluntad de consumo-, como para los competidores.

²⁸² Vilma Sánchez del Castillo, *La publicidad en Internet* (Madrid, España: La Ley, 2007), 175.

²⁸³ Las directrices fueron aprobadas por la Asamblea General en su resolución 39/248, de 16 de abril de 1985, ampliadas posteriormente por el Consejo Económico y Social en su resolución 1999/7, de 26 de julio de 1999, y revisadas y aprobadas por la Asamblea General, *Resolución 70/186* (22 de diciembre de 2015), consultado el 30 de abril de 2020, https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditccplmisc2016d1_es.pdf

²⁸⁴ Silvo Javier Battello Calderón y Fernando Ezequiel Shina, *Fundamentos para la protección del consumidor* (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2016), 161.

Uno de los elementos configuradores de la publicidad engañosa es la aptitud para inducir a error a los destinatarios del mensaje, sin que sea necesario que se llegue a dar efectivamente este error en el consumidor. Puede ocurrir en varios supuestos.

a.) Podríamos estar frente a información que no corresponde a la verdad, que sea inexacta; o bien que, siendo veraz, es susceptible de inducir a error a los destinatarios.

b.) Otro supuesto es el de la publicidad engañosa por omisión. Es decir, que el mensaje publicitario omite datos fundamentales, considerados como esenciales, de los bienes o servicios. Por ejemplo, aquella información necesaria para que el consumidor opte por la compra.

c.) Podrían incluirse también como publicidad engañosa las modalidades de publicidad encubierta; es decir, aquella información que se presenta dejando dudas sobre la naturaleza publicitaria del mensaje.

d.) La publicidad comparativa, que se reputa como actos de competencia desleal, podría ser otra modalidad de publicidad engañosa.

3.3. La publicidad sexista

Se define el sexismo como “el resultado de los procesos de categorización, donde se identifican dos grupos sociales, de hombres y mujeres, con una atribución estereotipada de sus características. El sexismo propicia actitudes sociales, más positivas o negativas, hacia uno u otro grupo social, evaluando de forma más favorable las características atribuidas a los hombres respecto de las atribuidas a las mujeres”.²⁸⁵

Un estudio del Observatorio de la Imagen de las Mujeres en la Publicidad del Centro de Investigación en Estudios de la Mujer (CIEM) de la Universidad de Costa Rica, dirigido por la investigadora Camila Ordóñez Laclé, sobre legislación iberoamericana con respecto a publicidad sexista, determinó que:

*La regulación de los contenidos discriminatorios contra las mujeres en los medios y/o la publicidad se efectúa bajo muy diversas definiciones y con distinto grado de especificidad; aquellas con mayor precisión son las de publicidad ilícita, publicidad abusiva, violencia mediática y violencia simbólica, mientras que otras lo abordan bajo términos más difusos como publicidad subliminal, violencia indirecta o violencia encubierta. El tipo de contenido que regulan también varía: las más avanzadas abarcan aquel que discrimina con base en el sexo/género (incluyendo los estereotipos), mientras otras limitan esencialmente el contenido violento y/o sexualmente explícito.*²⁸⁶

Si bien la tendencia a regular contenidos sexistas en la publicidad no es de nueva data— la ley No 5811 de Costa Rica es de 1975— existe una nueva tendencia *re regulatoria* a la luz de una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos.

²⁸⁵ Instituto de la Mujer de España, *Guía de intervención ante la publicidad sexista* (Madrid, España: Catálogo General de Publicaciones Oficiales, 2008), 21, consultado el 30 de abril de 2020, <http://oimp.ciem.ucr.ac.cr/sites/default/files/recursos/201601/Guia%20de%20intervencion%20ante%20la%20publicidad%20sexista.%202008.pdf>

²⁸⁶ Camila Ordóñez Laclé, *Violencia simbólica y la regulación de la publicidad con perspectiva de género*, consultado el 10 de mayo de 2020, <http://ciem.ucr.ac.cr/Violencia-simbolica-y-la>

3.4 Nuevas tendencias regulatorias

El desarrollo de los entornos digitales y del comercio electrónico supone repensar los marcos normativos sobre los límites a la publicidad. El desarrollo de Internet trajo consigo un cambio de paradigma en las formas de comunicación. Como bien lo señala Sánchez del Castillo “Internet presenta la particularidad de la personalización y la interacción de los sujetos que conforman la actividad publicitaria, a saber el emisor y el destinatario de las comunicaciones comerciales”.²⁸⁷

En ese sentido, en los últimos años, los Estados y organismos internacionales han procurado actualizar los sistemas normativos según las nuevas exigencias del comercio electrónico y el marketing interactivo. En estos nuevos escenarios, según explica Sánchez del Castillo en la obra citada, se imponen algunos principios aplicables a la divulgación de datos comerciales por Internet: el principio de identificación o autenticidad, el principio de veracidad, el principio de respeto a la leal y libre competencia, el principio de legalidad, el principio de información pertinente, el principio del buen uso de la tecnología, el principio de respeto a la dignidad de las personas, el principio de protección a los datos de carácter personal y el principio de transparencia.

4. Régimen de regulación a la publicidad

En los ordenamientos jurídicos centroamericanos, la publicidad se regula desde un cuerpo normativo de carácter general (leyes de protección al consumidor) y no desde una legislación específica, con excepción de algunas normas que regulan tipos determinados de publicidad (por ejemplo, en Costa Rica la Ley No. 5811, de 1975, regula la publicidad que utiliza la imagen de la mujer).

Estos textos normativos, en la mayoría de los casos, establecen los derechos de los consumidores en relación con el mensaje publicitario, en particular exigen el principio de veracidad y la tutela frente a la publicidad falsa o engañosa.

4.1 Costa Rica

La Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor regula, de manera general, los principios que sustentan el derecho a la información y su relación con la publicidad.²⁸⁸ En general, la normativa recoge el derecho de los consumidores a recibir información adecuada y veraz, la prohibición de inducir a error o engaño y la posibilidad, para el anunciante, de realizar publicidad comparativa, siempre y cuando se trate de datos esenciales,

²⁸⁷ Vilma Sánchez del Castillo, *La publicidad en Internet* (Madrid, España: La Ley, 2007), 189.

²⁸⁸ Asamblea Legislativa, Costa Rica, *No. 7472: Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor* (20 de octubre de 1994), 3, consultado 10 de abril 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=26481

afines y objetivamente demostrables sobre los bienes o servicios. Ninguno de los otros cuerpos normativos analizados contiene una norma expresa sobre los requisitos de la publicidad comparativa.

El artículo 37 de la Ley regula la oferta, promoción y publicidad:

La oferta, la promoción o la publicidad de los bienes y servicios debe realizarse de acuerdo con la naturaleza de ellos, sus características, condiciones, contenido, peso cuando corresponda, utilidad o finalidad, de modo que no induzca a error o engaño al consumidor. No pueden omitirse tales informaciones, si de ello puede derivarse daño o peligro para la salud o la seguridad del consumidor.

Deben prevalecer las cláusulas estipuladas en los contratos, si son más beneficiosas que el contenido de la oferta, la promoción o la publicidad de los bienes y servicios.

El empleo de términos comparativos en la oferta, la promoción o la publicidad de los bienes y servicios, sólo se admite respecto a datos esenciales, afines y objetivamente demostrables, siempre que se comparen con otros similares, conocidos o de participación significativa en el mercado. La comparación no es admisible cuando se limite a la proclamación, general e indiscriminada, de la superioridad de los productos propios; se tiene por engañosa la que omita cualquier elemento necesario para determinar el valor real de los productos.

Al productor o al comerciante que, en la oferta, la promoción, la publicidad o la información, incumpla con las exigencias previstas en este artículo, se le debe obligar a rectificar la publicidad, costearla y divulgar la información veraz u omitida, por el mismo medio y forma antes empleados.

El artículo 32 de la Ley tutela los derechos de los consumidores, entre ellos el acceso a una información veraz y oportuna sobre los diferentes bienes y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio.

Sin embargo, es el Reglamento a la Ley el que recoge más ampliamente los principios aplicables a los contenidos publicitarios. Incorpora definiciones tales como publicidad engañosa, falsa, denigratoria o abusiva y regula los testimonios y endosos, las promociones y la publicidad comparativa.²⁸⁹

²⁸⁹Poder Ejecutivo, Costa Rica, *Decreto Ejecutivo No. 37899: Reglamento a la Ley No. 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor* (Costa Rica, 08 de julio de 2013), consultado el 10 de abril, 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=75696.

El Reglamento, en su artículo 2 recoge una definición amplia sobre publicidad engañosa:

Publicidad engañosa: *Todo tipo de información o comunicación de carácter comercial en que se utilicen textos, diálogos, sonidos, imágenes o descripciones que directa o indirectamente, e incluso por omisión; puedan inducir a engaño, error o confusión al consumidor, especialmente sobre:*

En la sección quinta regula la denominada rectitud en la publicidad. El artículo 112 establece la obligación de los comerciantes y proveedores de publicitar los bienes y servicios de modo que no se induzca a error, abuso o engaño al consumidor; reconoce, asimismo, que toda información, publicidad u oferta al público vincula al comerciante que la utiliza o la ordena y forma parte del contrato.

Al referirse a las reglas de aplicación a la oferta, la promoción y la publicidad, el artículo 113 reitera el principio de veracidad, la exigibilidad de las condiciones ofrecidas en la publicidad, por parte del consumidor, así como elementos novedosos sobre la forma de presentación de la publicidad (relación entre el fondo y el texto, la velocidad de locución en la publicidad sonora, la referencia a resultados de investigaciones o datos de publicaciones técnicas o científicas, lo mismo que sobre encuestas o estadísticas).

En este último aspecto es importante resaltar la obligación que existe de contar con fuentes responsables, identificables y disponibles para su comprobación. Una exigencia de la norma es que solo se podrá hacer referencia al término garantía o garantizado cuando el proveedor ofrezca condiciones superiores a la garantía legal. En el inc. c) del mismo artículo se establece la prohibición de hacer publicidad encubierta, denigratoria, falsa o abusiva.

El Reglamento es amplio en la regulación del uso de testimonios o endosos en la publicidad. Establece, en su artículo 114, que únicamente se podrán usar cuando sean genuinos, verificables y basados en experiencias previas de quienes prestan la declaración. Además exige el consentimiento de quien lo rinde, referirse específicamente al producto que se anuncia, no ser engañosos y, si son expresados por quien tiene interés económico en la empresa o si son representaciones de carácter ficticio, así se debe indicar en la publicidad. La misma norma

-
- a) El origen geográfico, comercial o de otra índole del bien ofrecido.*
 - b) El lugar de prestación del servicio pactado o la tecnología empleada.*
 - c) Los componentes o integrantes del bien ofrecido o el porcentaje en que concurren.*
 - d) Los beneficios o implicaciones del uso del bien o contratación del servicio.*
 - e) Las características básicas del producto a vender o el servicio a prestar, tales como: dimensión, cantidad, calidad, utilidad, durabilidad u otra que sea juzgada razonable e indispensable en una contratación relativa a esos bienes o servicios.*
 - f) La fecha de elaboración o de vida útil del bien, cuando estos datos se indiquen.*
 - g) El alcance, duración, condiciones, responsables o bien, el procedimiento para hacer efectiva la garantía que se ofrezca.*
 - h) Los reconocimientos, aprobaciones o distinciones oficiales o privadas, nacionales o extranjeras, tales como medallas, avales, premios, trofeos o diplomas.*
 - i) Precio del bien o servicio ofrecido, formas de pago y costo del crédito.*

indica que “Quedan prohibidas todas las formas de publicidad falsa, engañosa, abusiva..., por cuanto inciden directamente sobre la libertad de elección del consumidor y afectan sus derechos e intereses legítimos.”

En su artículo 115, define los principios aplicables a la publicidad: veracidad, claridad y legibilidad. La veracidad en el sentido de que la información debe corresponder a los términos o características del bien o servicio prestado, la obligación de no omitir información relevante sobre la naturaleza del bien o servicio, y el imperativo de que la publicidad permita la fácil y adecuada lectura de su contenido.

La única legislación que señala expresamente las condiciones para el uso de la publicidad comparativa es la costarricense. Del artículo 37 de la Ley No. 7476 y el 116 del Reglamento citado se desprenden 7 requisitos:

- a) Que la comparación se base en datos relevantes, objetivos y verídicos
- b) Que se haga sobre productos o servicios similares en tipo, usos, categoría y modelo
- c) Que la información sea objetivamente verificable
- d) La mención a la competencia debe hacerse con respeto y probidad
- e) Cuando se comparen precios debe indicarse la fecha en la cual fue obtenido el precio competidor y del propio.
- f) Que no se admiten las proclamaciones superlativas, generales e indiscriminadas de la superioridad de los productos propios o de la empresa en el mercado frente a los competidores.
- g) En la publicidad debe indicarse los datos o las fuentes que justifiquen las declaraciones comparativas.

Al igual que el resto de las legislaciones, el Reglamento establece condiciones para las promociones, las que están sometidas a una serie de obligaciones por parte del anunciante: informar claramente al consumidor sobre el plazo de vigencia, en qué consiste y cuáles son los pasos para consolidar el derecho, las restricciones, el procedimiento de reclamo y el sorteo. Esta información debe estar disponible por los mismos medios en que se da a conocer la promoción o por otros medios, siempre que se le informe al consumidor. La norma exige la redacción de un reglamento para tales efectos. (Artículo 117, Reglamento)

El resto de normas de la Sección V del Reglamento se refieren a la obligación de rectificar la publicidad, costearla y divulgar la información correcta y el deber de justificación de aseveraciones sobre los productos.

En 2017, una reforma al Reglamento, introdujo una serie de modificaciones para la protección del consumidor en el contexto del comercio electrónico. Destaca una norma sobre publicidad dirigida a menores de edad, consumidores vulnerables o desfavorecidos.²⁹⁰

²⁹⁰ Poder Ejecutivo, Costa Rica, *Decreto Ejecutivo No. 40703: Reforma al Reglamento a la Ley No. 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor* (03 de octubre de 2017), 262, consultado el 10 de abril, 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=85162&nValor3=110031&strTipM=TC

Artículo 262. Publicidad dirigida a menores de edad, consumidores vulnerables o desfavorecidos. Los comerciantes deberán tener especial cuidado en que la publicidad dirigida a menores de edad,

Por otra parte, en Costa Rica existen una serie de normas especiales que se aplican a tipos específicos de publicidad, como la que regula la imagen de la mujer, la de bebidas con contenido alcohólico o la referida a productos sanitarios.²⁹¹

4.2. El Salvador

La Ley de Protección al Consumidor de El Salvador²⁹² dedica un capítulo completo al derecho a la información. Entre otros aspectos establece: la obligación general de información, la publicidad en los establecimientos comerciales, la información de promociones y la publicidad ilícita, engañosa o falsa. El artículo 31 recoge el vínculo entre la oferta del anunciante y la decisión de consumo, al señalar que la responsabilidad por publicidad ilícita recaerá sobre el proveedor o anunciante que haya ordenado su difusión, no sobre la agencia o agente de publicidad que contrate la pauta, ni sobre el medio que la difunda. No regula expresamente la publicidad comparativa.

La obligación general de información dispone el deber de los comerciantes de que los bienes y servicios, puestos a disposición de los consumidores, proporcione la información en castellano, de forma clara, veraz, completa y oportuna, según corresponda, especialmente en aspectos como el origen, la composición y la finalidad; la cantidad, el peso o medida; el precio y las instrucciones o indicaciones para su correcto uso.

consumidores vulnerables o desfavorecidos, y otros que podrían no tener la facultad de comprender la información con la cual se representan, no atente contra su dignidad y bienestar integral.

Los comerciantes están obligados, en relación con la publicidad dirigida a menores de edad, que es difundida por medio de sus sitios de Internet o por otros medios electrónicos, a:

- a) identificar los contenidos dirigidos únicamente a adultos;*
- b) adoptar las medidas necesarias para prevenir que los menores puedan acceder a bienes y servicios que por ley no son aptos para menores de edad;*
- c) abstenerse de presentar a niños en situaciones peligrosas, salvo que se trate de advertencias en materia de seguridad; o en situaciones que atenten contra la ley, la moral, las buenas costumbres o el orden público;*
- d) abstenerse de hacer publicidad que incentive a los menores a realizar conductas impropias, ilegales, que atenten contra su dignidad y bienestar integral, o contra el de los demás; y*
- e) respetar las otras obligaciones que, en materia de publicidad dirigida a menores de edad, establece la legislación.*

²⁹¹ Algunos textos normativos son la Ley No. 5811 que regula la publicidad que utiliza la imagen de la mujer o la Ley No.9047, Ley de Regulación y Comercialización de bebidas con contenido alcohólico, de 25 de junio de 2012 y el Decreto Ejecutivo No. 37739 del 05 de febrero de 2013, Reglamento sobre regulación y control de la publicidad comercial relacionada con la comercialización de bebidas con contenido alcohólico. Existen regulaciones a la publicidad en la Ley General de Salud No.5395 del 30 de octubre de 1973 y Reglamento para la autorización y control sanitario de la publicidad de productos de interés sanitario, Decreto Ejecutivo No. 36868-S, de 12 de setiembre de 2011.

²⁹² Asamblea Legislativa, El Salvador, *Decreto No. 776: Ley de Protección al Consumidor* (El Salvador, 18 de agosto de 2005), consultado el 10 de abril, 2020, <https://www.asamblea.gob.sv/decretos/details/313>

Sobre la publicidad en los establecimientos comerciales, el artículo 29 establece la obligación de los comerciantes, titulares de un establecimiento de venta al por mayor o al detalle, de colocar, en lugar visible, los precios de venta al contado o al crédito e información sobre intereses, número de cuotas, abonos a pagar y cualquier cargo adicional, si lo hubiere. El artículo 30 exige que, cuando se trate de promociones y ofertas especiales de bienes o servicios, los comerciantes deben informar sobre las condiciones, el precio total o elementos que lo hagan determinable y la duración de aquellas.

La legislación salvadoreña distingue tres tipos de publicidad ilícita.²⁹³ En primer término aquellas que podríamos llamar, aunque no lo hace la norma, expresiones de publicidad abusiva o denigratoria, que atenta contra la dignidad de las personas o los derechos de la mujer, la juventud, la infancia o los grupos minoritarios. Es interesante notar cómo la publicidad sexista está comprendida en esta norma al citar expresiones publicitarias que presenten a la mujer de forma vejatoria, como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, o bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados. Es una norma que se complementa con la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres que sanciona, en la vía penal, las expresiones publicitarias de odio o menosprecio hacia las mujeres.

El segundo subtipo de publicidad que se considera ilegal es la publicidad engañosa o falsa y dentro de esta categoría contempla las siguientes: a) la que es total o parcialmente falsa, b) la que es capaz de inducir a error, engaño o confusión, aun por omisión. Señala además la norma que, para determinar si una publicidad es engañosa o falsa, se tendrán en cuenta elementos como las características de los bienes, actividades o servicios, el precio, las

²⁹³ Asamblea Legislativa, El Salvador, *Decreto No. 776: Ley de Protección al Consumidor* (El Salvador, 18 de agosto de 2005), 31, consultado el 10 de abril, 2020, <https://www.asamblea.gob.sv/decretos/details/313>

Art. 31.- Se considerará publicidad ilícita la siguiente:

a) *La publicidad que atente contra la dignidad de la persona, o vulnere el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen reconocidos en la constitución, especialmente en lo que se refiere a la mujer, juventud, infancia o grupos minoritarios. Se entenderán incluidos en la previsión anterior, los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando, particular y directamente su cuerpo o partes del mismo, como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, o bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados, sin perjuicio de lo establecido en la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres. (2)*

b) *La publicidad engañosa o falsa, es decir cualquier modalidad de información o comunicación de carácter publicitario, total o parcialmente falsa, o que, de cualquier otro modo, incluso por omisión, sea capaz de inducir a error, engaño o confusión al consumidor, pudiendo afectar su comportamiento económico. (...)*

c) *La publicidad que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.*

La responsabilidad por publicidad ilícita recaerá sobre el proveedor o anunciante que haya ordenado su difusión, no sobre la agencia o agente de publicidad que contrate la pauta, ni sobre el medio que la difunda. Para mejor proveer, la Defensoría del Consumidor solicitará opinión al Consejo Nacional de la Publicidad, la cual no tendrá carácter vinculante.

Iniciado el procedimiento sancionatorio, el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor podrá suspender cautelarmente la publicidad que se considere ilícita. (...).

condiciones jurídicas de y económicas de adquisición, los motivos de la oferta y promoción, la naturaleza, cualificaciones y derechos del anunciante.

El tercer subtipo de publicidad ilegal es la que infrinja la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.

Un aspecto diferente de la legislación salvadoreña, respecto al resto de legislaciones comparadas, es que atribuye expresamente la responsabilidad por publicidad ilícita al proveedor o anunciante que haya ordenado su difusión y excluye a la agencia o agente de publicidad que contrate la pauta.

La Ley salvadoreña destaca, por un reconocimiento expreso, los derechos de las personas consumidoras con discapacidad,²⁹⁴ a quienes les otorga una protección especial por parte de los órganos del Estado, lo mismo que una serie de normas relativas al comercio electrónico al que define, en el artículo 13.C como *el proceso de contratación o intercambio de bienes, servicios e información comercial a través de redes de comunicación de datos*. El artículo 18, inc. prohíbe a los proveedores realizar gestiones con fines comerciales y publicitarios, entre otras actividades, fuera de días y horas hábiles, mediante repetitivos mensajes cortos de texto (SMS) o mensajes multimedia (MMS), llamadas telefónicas, correos electrónicos u otras modalidades. En el caso costarricense esta prohibición se encuentra regulada en la Ley General de Telecomunicaciones.²⁹⁵

²⁹⁴ Asamblea Legislativa, El Salvador, *Decreto No. 776: Ley de Protección al Consumidor* (El Salvador, 18 de agosto de 2005), 5-A, consultado el 10 de abril, 2020, <https://www.asamblea.gob.sv/decretos/details/313>

Art. 5-A.- Colectivo de consumidores con discapacidad. *En razón de las especiales circunstancias que en ellos concurren, las personas con discapacidad física, mental, sicológica o sensorial, en tanto consumidoras, gozarán de especial protección por parte de todos los órganos del estado y, en especial, por parte de la Defensoría del Consumidor quien, en el marco de las atribuciones que le confiere la presente ley, procurará: a) Contribuir a su inclusión social como consumidores y usuarios, mediante la adopción de medidas para la educación, la prevención y la atención de reclamaciones de este colectivo; b) Promover acciones de sensibilización, estudio e información sobre diferentes temas relacionados con el consumo de las personas con discapacidad en cuanto al acceso a los bienes y servicios, especialmente de aquellos ofrecidos directamente por la administración pública; y, c) Impulsar la colaboración entre el colectivo de los discapacitados, las organizaciones de consumidores y las instituciones públicas relacionadas con el tema, con el fin de desarrollar programas conjuntos a favor de la defensa de los derechos de las personas con discapacidad como consumidores de productos y servicios.*

²⁹⁵. Asamblea Legislativa, Costa Rica, No 8642: *Ley General de Telecomunicaciones de Costa Rica* (Honduras, 4 de junio de 2008), 44, consultado el 10 de abril 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=63431

Art. 44.- Comunicaciones no solicitadas. *Se prohíbe la utilización de sistemas de llamada automática por voz, fax, correo electrónico o cualquier otro dispositivo con fines de venta directa, salvo la de los abonados que hayan dado su consentimiento previamente.*

No obstante, cuando una persona, física o jurídica, obtenga con el consentimiento de sus clientes la dirección de correo electrónico, en el contexto de la venta de un producto o servicio, esa misma persona podrá utilizar esta información para la venta directa de sus productos o servicios con características similares. El suministro de información a los clientes deberá ofrecerse con absoluta claridad y sencillez.

La obligación de información de los proveedores de bienes y servicios de las transacciones efectuadas a través de comercio electrónico es clara en la Ley. El artículo 21-A establece el deber de proporcionar información completa, precisa, veraz, clara, oportuna, gratuita y de fácil acceso sobre la transacción a realizar, lo mismo que cualquier otra información relevante, para que el consumidor pueda adoptar una decisión de compra libremente, entre otros aspectos.

4.3 Honduras

La Sección I, del capítulo III, de la Ley de Protección al Consumidor hondureña²⁹⁶ considera los aspectos relativos a la información, publicidad y oferta. El artículo 22 regula el deber de información oportuna, clara, veraz, adecuada y suficiente y en idioma español, acerca de las características esenciales de los bienes y servicios del proveedor y las condiciones de su comercialización.

La misma Sección se ocupa de los requisitos del etiquetado, de la obligación de informar acerca de bienes deficientes, usados o reconstruidos, de la exhibición de precios y tarifas, de las ofertas especiales y de los sorteos, concursos y promociones.

El Reglamento a la Ley de Protección al Consumidor, dictado en abril de 2009²⁹⁷, en su artículo 12, amplía los alcances del deber general de información del proveedor, quien para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un bien o un servicio anunciado, debe contar previamente con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje. Establece además que, en la difusión de publicidad testimonial, el anunciante debe estar en capacidad de acreditar que la misma se sustenta en experiencias auténticas y recientes.

El artículo 7 de la Ley define como publicidad “todo tipo de comunicación que el proveedor dirija al público por sí o mediante terceros por cualquier medio para informarlo y/o motivarlo a adquirir o contratar bienes o servicios”

En cualquier momento, el cliente podrá pedirle al remitente que suspenda los envíos de información y no podrá cobrarsele ningún cargo por ejercer ese derecho. Se prohíbe, en cualquier caso, la práctica de enviar mensajes electrónicos con fines de venta directa en los que se disimule o se oculte la identidad del remitente, o que no contengan una dirección válida a la que el destinatario pueda enviar una petición de que se ponga fin a tales comunicaciones.

²⁹⁶ Congreso Nacional, Honduras, *Decreto No. 24-2008: Ley de Protección al Consumidor* (Honduras, 07 de julio, 2008), 27, consultado el 10 de abril, 2020, <https://sde.gob.hn/wp-content/uploads/2017/06/Ley-de-Protecci%C3%B3n-al-Consumidor.pdf>

²⁹⁷ Poder Ejecutivo, Honduras, *Acuerdo No. 15-2009: Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor* (15 de abril, 2017), 12, consultado el 10 de abril, 2020, [https://www.tsc.gob.hn/web/leyes/Reglamento%20de%20la%20Ley%20de%20Protecci%C3%B3n%20al%20Consumidor%20\(09\).pdf](https://www.tsc.gob.hn/web/leyes/Reglamento%20de%20la%20Ley%20de%20Protecci%C3%B3n%20al%20Consumidor%20(09).pdf)

La legislación prohíbe expresamente la publicidad falsa o engañosa, la que define no solo en función de su contenido sino también por resultar idónea para inducir a error, engaño o confusión a los consumidores.²⁹⁸

Una norma recurrente en todos los cuerpos normativos, sobre los efectos de la publicidad, es la que se refiere a la vinculación del contenido de la oferta con el contrato. En la legislación hondureña no existe una norma que contemple, de manera expresa, la publicidad comparativa.

4.4 Panamá

La Ley que dicta Normas sobre Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia regula ampliamente el vínculo entre el proveedor y la publicidad.²⁹⁹ Parte del principio de que toda información u oferta al público, transmitida por cualquier medio o forma de comunicación, en relación con los bienes ofrecidos o servicios a prestar, vincula al comerciante que solicite, autorice o pague la difusión correspondiente. Dicha información, dice el artículo 38, formará parte del contrato de venta que se celebre entre el proveedor y el consumidor.

Del artículo 58 al 64, se regulan los términos de la publicidad de los bienes y servicios, entre ellos se recoge el principio de veracidad y establece que todo anuncio o aviso publicitario deberá ajustarse a la verdad, cuidando el anunciante de que no se tergiversen los hechos y que el anuncio o la publicación no induzca a error o confusión. Se regulan los términos de las promociones, los testimonios y la publicidad engañosa, entre otros. No existe una norma que permita expresamente la publicidad comparativa.

Esta normativa, modificada por la Ley 29 de 2 de junio de 2008 y por la Ley 14 de 20 de febrero de 2018 recoge, asimismo, el derecho de los consumidores a *recibir información sobre las características del producto o servicio ofrecido, de manera clara y veraz, para poder tomar una decisión al momento de realizar la adquisición del producto o servicio, así como para efectuar el uso o consumo adecuado de este.* (Artículo 35 inc.2). El artículo 38 contempla el principio del vínculo entre la oferta al público y el contenido del contrato, mientras el artículo 58, al tutelar el principio de veracidad en las expresiones publicitarias, prohíbe de manera implícita la publicidad falsa o engañosa.³⁰⁰ El vínculo entre el contenido de la oferta publicitaria

²⁹⁸ Congreso Nacional, Honduras, *Decreto No. 24-2008: Ley de Protección al Consumidor*, (Honduras, 07 de julio, 2008), 27, consultado el 10 de abril, 2020, <https://sde.gob.hn/wp-content/uploads/2017/06/Ley-de-Protecci%C3%B3n-al-Consumidor.pdf>

ARTÍCULO 27. PUBLICIDAD ENGAÑOSA O FALSA. *Se prohíbe toda publicidad que pueda resultar total o parcialmente engañosa o falsa, o que, de cualquier otro modo, inclusive por omisión de sus datos esenciales, sea capaz de inducir a error, engaño o confusión a los consumidores respecto de las características esenciales, propiedades, naturaleza, origen, calidad, cantidad, precio o condiciones de comercialización sobre toda clase de bienes y servicios.*

La carga de la prueba sobre la veracidad y corrección de la información o comunicación publicitaria recaerá sobre el anunciante.

²⁹⁹ Asamblea Nacional, Panamá, *No. 45: Ley Dicta Normas de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia y otra disposición* (Panamá, 31 de octubre, 2007, *ACODECO*), consultado el 10 de abril, 2020, http://www.acodeco.gob.pa:8080/RECAC/Ley45Panama_2007.pdf

³⁰⁰ *Ibíd.*, 58.

y el contrato es reiterado en todos los ordenamientos jurídicos. En este caso, la norma establece el derecho del consumidor a resolver el contrato de venta, si son producto de publicidad engañosa. La Ley panameña (Artículo 60) regula también expresamente el uso de testimonios en los anuncios publicitarios y exige que sean ciertos y auténticos, con la posibilidad de que la Autoridad de aplicación pueda corroborar su veracidad. En el caso de anuncios que utilicen leyendas, cintillos, asteriscos o llamados de atención para ampliar información sobre el uso del producto o servicio o sobre el aprovechamiento de una oferta, la Ley establece la obligación de que sean visibles, legibles, claros, veraces y sin ambigüedades. Se parte del principio de que los datos esenciales del bien o servicio deben ser conocidos por el consumidor sin tener que ser remitidos a otras fuentes (Artículo 61).

La duración de las promociones es otro de los aspectos regulados. La norma es clara en la obligación del proveedor de indicar la duración de estas, de lo contrario se entenderá obligado con los consumidores a proporcionarles los productos o servicios en las condiciones de la oferta (Artículo 62). La inobservancia de las obligaciones anteriores obliga al proveedor a suspender la publicidad y proceder a la rectificación. En los casos en que esta rectificación sea ordenada por la Autoridad deberá obtener la autorización de esta para difundir la publicidad rectificada.

Mediante Ley No. 14, de 20 de febrero de 2018, Panamá introduce una reforma a este marco normativo. En lo que nos interesa para este estudio, agrega un inciso 8 al artículo 35 sobre los derechos de los consumidores para incorporar la tutela contra la publicidad falsa o engañosa, así como para denunciarla.

El Reglamento a las normas de Protección al consumidor de la Ley No. 45, (Decreto Ejecutivo No. 46, de 23 de junio de 2009, detalla el ámbito de regulación de la publicidad. Expresamente prohíbe cualquier clase de publicidad que induzca a error, engaño o con fusión respecto a los elementos esenciales del bien o servicio.³⁰¹ Aquí se incluye la publicidad que atribuya efectos milagrosos, sin estudios científicos o que no cuente con certificados de idoneidad del producto. (Artículo 32). El texto reitera los principios de veracidad en la publicidad y el vínculo proveedor-publicidad. Un dato importante es que regula de manera expresa la publicidad en viviendas nuevas (Artículo 35), y establece una norma sobre aclaraciones en la publicidad, según el tipo de medio de comunicación (radio o medios impresos).

Artículo 58. Veracidad en la publicidad. *Todo anuncio o aviso publicitario referente a las transacciones de que trata este Título deberá ajustarse a la verdad, cuidando el anunciante de que no se tergiversen los hechos y que el anuncio o la publicación no induzca a error o confusión. Las afirmaciones que se refieran a la naturaleza, a la composición, al origen, a las cualidades sustanciales o a las propiedades de los productos o servicios deberán ser siempre exactas y susceptibles de comprobación en cualquier momento.*

Para los efectos de esta Ley, se entiende por publicidad engañosa aquella que refiere características o información relacionada con algún bien, producto o servicio, que inducen a error o confusión por la forma inexacta, limitada, falsa, exagerada, parcial, artificiosa o tendenciosa que se presenta.

³⁰¹ Poder Ejecutivo, Panamá, *Decreto Ejecutivo No.46: Reglamento al Título II de la Ley 45 Dicta Normas sobre Protección al Consumidor y de la Competencia* (Panamá, 23 de junio, 2009), consultado el 10 de abril, 2020, <https://vlex.com.pa/vid/consumidor-competencia-59307580>

5. Las agencias de protección al consumidor: institucionalidad y competencias en materia publicitaria

De los países analizados, Panamá y El Salvador cuentan con agencias de protección al consumidor que exhiben un mayor nivel de independencia frente al Poder Ejecutivo, por constituir entes descentralizados,

En el caso costarricense, el artículo 47 de la Ley No. 7472 crea la Comisión Nacional del Consumidor como órgano de máxima desconcentración, adscrito al Ministerio de Economía, Industria y Comercio al que le compete tutelar los derechos reconocidos en la Ley mediante una serie de procedimientos creados al efecto. Es un órgano que tiene independencia reducida y en los últimos años de alguna manera ha ido perdiendo competencias frente a cambios administrativos generados en los dos últimos Gobiernos.

En el caso de publicidad falsa o engañosa, el Artículo 112 del Reglamento a la ley costarricense le asigna a la Comisión Nacional del Consumidor la potestad de obligar al anunciante a rectificar la publicidad, costearla y divulgar la información veraz.³⁰² Tiene la potestad de conocer y sancionar las infracciones administrativas, los incumplimientos de las obligaciones establecidas en el Capítulo V (sobre protección al consumidor) y tutelar los derechos de los consumidores. La Comisión es el órgano que tiene la competencia para acoger o

³⁰² Poder Ejecutivo, Costa Rica, *Decreto Ejecutivo No. 37899: Reglamento a la Ley No. 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor* (Costa Rica, 08 de julio de 2013), 112, consultado el 10 de abril, 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=75696

Artículo 112.-Sobre la publicidad. Todos los comerciantes y proveedores de bienes o servicios deben ofrecer, promocionar o publicitarlos de acuerdo con su naturaleza, sus características, condiciones, contenido, peso, precio final cuando corresponda, utilidad o finalidad, de modo que no induzca a error, abuso o engaño al consumidor. No puede omitirse ninguna información, si de ello puede derivarse daño o peligro para la salud o la seguridad del consumidor.

Toda promoción u oferta especial debe indicar el precio anterior del bien o el servicio, el nuevo precio o el beneficio que de aprovecharlas, obtendría el consumidor y cualquier limitación o restricción que implique la oferta.

Toda información, publicidad u oferta al público de bienes ofrecidos o servicios por prestar, transmitida por cualquier medio o forma de comunicación, vincula al comerciante que la utiliza o la ordena y forma parte del contrato. No obstante, deben prevalecer las cláusulas estipuladas en los contratos, si son más beneficiosas para el consumidor que el contenido de la oferta, la promoción o la publicidad de los bienes y servicios. Si la promoción u oferta está sujeta a limitaciones o restricciones de cualquier índole, así se deberá indicar en la publicidad.

Al productor o al comerciante que, en la oferta, la promoción, la publicidad o la información, incumpla con las exigencias previstas en esta sección o en los numerales 34 y 37 de la Ley, deberá ser obligado por la CNC a rectificar la publicidad, costearla y divulgar la información veraz u omitida, por el mismo medio y forma antes empleados, sin perjuicio de las demás medidas que pueda aplicar la CNC en uso de sus atribuciones.

rechazar una solicitud de medida cautelar de suspensión en materia de publicidad, mediante una resolución debidamente razonada.

En El Salvador, la agencia encargada de la protección de los derechos es la Defensoría del Consumidor, creada por el artículo 56 de la Ley como una institución descentralizada del Gobierno de la República, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con autonomía en lo administrativo y presupuestario.

El conocimiento en sede administrativa de este tipo de infracciones, le corresponde al Tribunal de la Defensoría del Consumidor, que tiene la potestad sancionatoria y de aplicar medidas cautelares como la suspensión de la publicidad.

El artículo 43, inc. g. de este cuerpo normativo sanciona como falta grave realizar directamente u ordenar la difusión de publicidad ilícita establecida en art.31 de la Ley. La norma expresamente excluye la responsabilidad de la agencia de publicidad y de los medios de comunicación. La multa para infracciones graves es de doscientos salarios mínimos.

Las resoluciones definitivas del Tribunal admiten el recurso de revocatoria, que tendrá carácter optativo para efectos de la acción contenciosa administrativa.

El Reglamento a la Ley de Protección al Consumidor establece los elementos y condiciones que debe tomar en cuenta la Defensoría del Consumidor para determinar la existencia de publicidad engañosa o falsa³⁰³

La Ley hondureña crea la Dirección General de Protección al Consumidor adscrita a la Secretaría de Desarrollo Económico como Autoridad de Aplicación de la norma.

El procedimiento en vía administrativa, de oficio o por denuncia, le compete a la Autoridad de Aplicación, es decir a la Dirección General de Protección al Consumidor. La ley establece una variedad de sanciones a los proveedores por infracciones a la Ley: Apercibimiento, multa de uno a diez mil salarios mínimos, cierre del establecimiento o

³⁰³ Poder Ejecutivo, El Salvador, *Decreto Ejecutivo No. 68: Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor (El Salvador, 05 de junio, 2015, Portal de Transparencia)*, 46, consultado 10 de abril, 2020, <https://www.transparencia.gob.sv/institutions/dc/documents/reglamento-de-la-ley-principal>

Art. 46.- Para establecer si determinada publicidad es engañosa o falsa, la Defensoría podrá examinar aspectos relativos a las siguientes características de los bienes, actividades o servicios y otros aspectos en relación con la publicidad efectuada respecto de las mismas: a) Procedencia geográfica o comercial de los bienes, naturaleza, composición, destino del bien, necesidad o necesidades que está llamado a satisfacer, idoneidad para el cumplimiento de las funciones que se le atribuyen, disponibilidad de los bienes por parte del comerciante, novedad que supone el bien en el mercado; b) Características concernientes a la calidad y categoría de los bienes o servicios, cantidad ofrecida y, en general, especificaciones de los mismos; así como los resultados que se esperan de su utilización; c) Mecanismo seguido para la fabricación y fecha de fabricación; d) Forma de suministrar el bien o de prestar el servicio de que se trate; e) Precio total del bien o servicio o mecanismo para llegar a determinarlo; f) Condiciones de carácter jurídico y económico exigidas por el proveedor para la adquisición del bien, actividad o servicio; g) Condiciones bajo las cuales se realizará la entrega de los bienes o la prestación de los servicios; h) Condiciones de uso de los bienes o servicios; i) Razones que conllevan al proveedor a proponer al público la promoción o la oferta, en su caso; j) Naturaleza del comerciante, cualificaciones y méritos de que goza.

suspensión del servicio afectado y publicar la resolución sancionatoria. En la aplicación y graduación de las sanciones, la Autoridad tomará en cuenta los principios de equidad, proporcionalidad y racionalidad, y aspectos como el perjuicio al consumidor, la posición del proveedor en el mercado, la capacidad económica del infractor, entre otros. Contra la resolución definitiva, se podrá recurrir en la vía contencioso-administrativa.

En el caso de Panamá, el texto legal define, en su artículo 84, a la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (ACODECO) como una entidad pública descentralizada del Estado, con personalidad jurídica propia, autonomía en su régimen interno e independencia en el ejercicio de sus funciones. La Autoridad cuenta con un Administrador, quien ejerce la representación legal de la institución, una Dirección Nacional de Libre Competencia y una Dirección Nacional de Protección al Consumidor. A esta última le compete iniciar, de oficio o a petición de parte, las investigaciones administrativas por actos que vulneren los derechos del público consumidor, y aplica las sanciones del caso.

En el caso de la publicidad, el Reglamento establece que, cuando se ordene la rectificación, el anuncio debe indicar que se efectúa por mandato expreso de la Autoridad y las características del anuncio rectificado deben ser previamente aprobadas por este órgano.³⁰⁴

La ley establece, en el artículo 104, inc. 5 que por las prácticas de comercio que atenten contra las disposiciones de protección al consumidor se impondrán desde amonestaciones a multas de hasta veinticinco mil balboas. Para determinar el monto de la multa, se tomará en cuenta la gravedad de la falta, el tamaño de la empresa, si hay o no reincidencia y otras circunstancias agravantes. La Resolución de la Dirección puede apelarse ante el Administrador de Protección al Consumidor. Con dicho recurso se agota la vía administrativa.

6. Límites a la publicidad: tendencias jurisprudenciales.

Esta sección se dedica a un breve análisis de las resoluciones judiciales encontradas en la base de datos VLex. No se consideran las resoluciones de carácter administrativo de las agencias de protección porque solo están disponibles las de Costa Rica.

El Salvador es el país que registra más sentencias recientes sobre límites a la publicidad en relación con los derechos de los consumidores. Se nota una fuerte potestad del Tribunal

³⁰⁴ Asamblea Nacional, Panamá, No. 45: *Ley Dicta Normas de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia y otra disposición* (Panamá, 31 de octubre, 2007, ACODECO), consultado el 10 de abril, 2020, http://www.acodeco.gob.pa:8080/RECAC/Ley45Panama_2007.pdf

“Artículo 37. Rectificación en la publicidad. Cuando se ordene la rectificación publicitaria, esta quedará sujeta a las siguientes reglas:

1. El anuncio deberá indicar que la rectificación se efectúa por mandato expreso de la Autoridad.
2. El formato, dimensiones, tiempo de duración, forma y oportunidad de difusión, incluyendo el arte o esquema del aviso, serán aprobados previamente por la Autoridad, quien tomará en consideración la publicidad originalmente utilizada.”

Sancionador para dictar resoluciones por las infracciones contempladas en el artículo 43 letra g) de la Ley de Protección al Consumidor³⁰⁵

En la vía contencioso-administrativa se han impugnado varias de estas resoluciones que concluyeron con multas que van de 10 mil a 25 mil dólares. En uno de estos procesos promovidos por Scotiabank El Salvador contra el Estado, en 2019, la Sala de lo Contencioso confirma la resolución de vía administrativa al considerar que la entidad financiera incurrió en publicidad engañosa por publicar un anuncio sobre el traslado de créditos hipotecarios. El Banco utilizó la frase “*Gastos de traspaso gratis*”, seguida de dos asteriscos que indicaban la llamada a una nota al pie de página que contenía el anuncio publicitario. Esta nota señalaba “***Gastos de traspaso gratis hasta 1.25% del monto del crédito*”

La Sala toma los elementos que, según el Tribunal Sancionador, justifican la existencia de la publicidad engañosa. Resulta interesante el desarrollo, que efectúa el órgano jurisdiccional, del concepto de *asimetría informativa* en relación con la publicidad engañosa. Según la Sala se trata de una “característica intrínseca de cualquier transacción económica, en tanto que siempre en un intercambio de bienes y servicios habrá un actor mejor informado que otro. En efecto, dicho actor suele tener mayor y mejor información sobre los productos o servicios que ofrece en el mercado, lo que genera que ciertas prácticas -entre ellas, la publicidad de tales productos o servicios- puedan distorsionar el buen funcionamiento o la verdadera naturaleza, propiedades o características del producto o servicio ofrecido”³⁰⁶

Para la Sala la asimetría informativa, como elemento intrínseco de las relaciones contractuales entre productores o proveedores y consumidores, “determina que en todo caso el consumidor está sometido a una condición de vulnerabilidad que rebasa su autonomía y voluntad real para contratar, circunstancia que, en definitiva, justifica la aplicación de un principio protector con el fin de restablecer el equilibrio contractual y asegurar el respeto de los derechos del consumidor”

Se distinguen, en la resolución judicial, los dos supuestos sobre los que versa la publicidad engañosa: uno, el contenido del mensaje publicitario; es decir, que sea total o parcialmente falso, mientras, el otro se refiere a la capacidad de la publicidad para inducir a error, engaño o confusión.

Para la Sala de lo Contencioso, en el párrafo 8 de la sentencia, la jurisprudencia comparada ha explicado que “la metodología para evaluar si determinado anuncio publicitario infringe el principio de veracidad implica establecer, a partir de una apreciación integral y

³⁰⁵ Asamblea Legislativa, El Salvador, *Decreto No. 776: Ley de Protección al Consumidor*, (El Salvador, 18 de agosto de 2005), 43, consultado el 10 de abril, 2020, <https://www.asamblea.gob.sv/decretos/details/313>

“Art. 43.- Son infracciones graves, las acciones u omisiones siguientes:

g) Realizar directamente u ordenar la difusión de publicidad engañosa o falsa. En el caso de difusión de publicidad por orden de otro, no será responsable el medio de comunicación que la difunda, ni la agencia de publicidad que contrate la pauta.”

³⁰⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, *Proceso contencioso-administrativo: sentencia No. 7-2010* (El Salvador, 13 de marzo, 2019 a las 15:29 horas, consideraciones de la Sala, iv. Párr.3.).

superficial del mismo, entre otros aspectos: (i) el contenido del mensaje que reciben los consumidores y, una vez delimitado este (ii) si existe alguna discordancia con la capacidad de inducir a error, engaño o confusión al consumidor.”³⁰⁷

Según el órgano jurisdiccional, la difusión de publicidad engañosa pone en peligro, de forma abstracta, los bienes jurídicos de los consumidores, sin que sea necesaria una afectación concreta; este criterio se sustenta en la naturaleza asimétrica del derecho de consumo y, precisamente, en la asimetría informativa que los consumidores padecen.

Ya en otras sentencias, la misma Sala había confirmado sendas resoluciones del Tribunal Sancionador, en las que se imponían multas por publicidad engañosa a empresas como Telemóvil El Salvador, en 2015, o a las empresas Cte.Telecom Personal S.A. y Compañía de Telecomunicaciones de El Salvador, en 2016.

En el primero de los casos, se confirmó que la tipografía utilizada en los anuncios de una promoción, para detallar las restricciones y condiciones especiales, era de muy difícil lectura.

Según la Sala: “(...) no es una facultad sino una obligación de quien publica, que la información contenida sea clara, veraz, es decir, los datos que contenga han de ser verdaderos, fidedignos, deben corresponder con las condiciones reales de los bienes o servicios anunciados; comprobable, lo que significa que las características de los productos y servicios anunciados deben ser susceptibles de verificación, de confirmación y además suficiente, es decir, que debe darse toda la información para que ésta sea eficaz (...).”³⁰⁸

Desde ese punto de vista, sostiene que el carácter engañoso de una publicidad depende de una serie de criterios, como emplear letras demasiado pequeñas, ilegibles o diminutas en los anuncios, con la intención o no de que el destinatario no logre percibir todas las condiciones debido a que, al conocerlas, puede traer como resultado, que el interesado no se decida a adquirir el producto.

En el segundo caso, en la campaña “*Llamadas ilimitadas gratis a líneas CLARO*”, la Sala confirma la resolución del Tribunal Sancionador, al considerar que las pautas publicitarias presentaban información contradictoria respecto del beneficio real: si es el de llamadas ilimitadas gratis a todas las líneas o solo los primeros diez minutos que se efectúen a celular. “Además, y en el caso concreto, la estructura, diseño e incluso tipografía de la pauta publicitaria, ha sido relevante para determinar cómo la información, contraría las legítimas expectativas de los destinatarios de la misma”.³⁰⁹

³⁰⁷ *Ibíd.*

³⁰⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, *Proceso contencioso-administrativo: sentencia No. 48-2009* (El Salvador, 12 de marzo, 2015 a las 8:30 horas, párr.32).

³⁰⁹ Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, *Proceso contencioso-administrativo: sentencia No. 88-2011* (El Salvador, 9 de marzo, 2016 a las 12:28 horas, considerando V).

Resulta interesante, desde el concepto de publicidad comparativa, otra sentencia también de la Sala de lo Contencioso Administrativo, del año 2015, en el caso del Banco ProCredit, S.A. Se trata de la campaña de la entidad financiera que utilizaba el eslogan *Somos el único Banco de la micro, pequeña y mediana empresa*. Esta proclamación general e indiscriminada en la publicidad le mereció una multa de 25 mil dólares, impuesta por el Tribunal Sancionador. Al confirmar la resolución, la Sala sostuvo que “(...) basta con la simple observancia de la pieza publicitaria para determinar que en realidad existe falta de claridad en el servicio ofertado, ya que puede crear confusión o inducir a error a los posibles consumidores, ya que con las palabras UNICO BANCO que atiende a la micro, pequeña y mediana empresa, puede ser entendida como la totalidad del servicio (...)”.³¹⁰

Como se mencionó anteriormente, El Salvador es el único de los países analizados que tutela, por la vía penal, la denominada publicidad sexista. El tipo penal se denomina Expresiones de Violencia contra las mujeres, regulado en el artículo 55 literal a) del la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres. Una sentencia relevante, fue dictada, en 2017, por el Tribunal de Sentencia de Santa Tecla, en un proceso penal contra un publicista quien desarrolló una campaña publicitaria de vallas con imágenes de mujeres semidesnudas, con texto en gran tamaño que decía “Estoy Disponible”, y con texto minúsculo “Atentamente la valla”, y número de contacto telefónico [...].

Sin embargo, el Tribunal valoró en este caso que el autor de la campaña no incurrió en responsabilidad penal.

*Esa publicidad es moral y socialmente repudiable, pero nada tiene que ver con el Derecho Penal, ya que no se infiere un ánimo de odio o menosprecio al género; ni la representación fiscal ha presentado otra prueba que me muestre indicadores. Solamente una interpretación sesgada y abiertamente arbitraria de la imagen podría inferirse un ánimo de odio o menosprecio hacia las mujeres. Así pues, para encuadrar los hechos el tipo penal, el factum no deben ser cualquier ligereza, una falta de tacto o ausencia de un comportamiento políticamente correcto, sino conductas notoriamente dolosas y con un elemento subjetivo especial: misoginia.*³¹¹

En el caso costarricense, se notan pocas sentencias en la vía contencioso-administrativa por publicidad engañosa en los últimos años. Esto coincide con una menor cantidad de votos en sede administrativa, al menos los que se pueden consultar en forma digital. Una tesis, sujeta a comprobación, podría ser el menor ámbito de competencias que cumple hoy día la Comisión Nacional del Consumidor. Una modificación, vía decreto ejecutivo, del año 2017, le eliminó las competencias de verificación de mercados a este órgano. (Decreto Ejecutivo No. 39917 Reforma al Reglamento de Ley No. 6054, Ley Orgánica del Ministerio de Economía, Industria y Comercio)

Una sentencia relevante, en la que el Tribunal Contencioso Administrativo, se pronuncia sobre publicidad engañosa, es del año 2009. Se trata de un proceso especial del consumidor, interpuesto por Comidas Rápidas Centroamericanas contra el Estado, por la resolución de la Comisión Nacional del Consumidor que le sanciona por publicidad engañosa. La empresa lanzó una promoción de productos denominada “Almuerzos de Película”, en los

³¹⁰ Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, *Proceso contencioso-administrativo: sentencia No.386-2009* (El Salvador, 30 de abril, 2015, a las 8:10 horas, análisis concreto del caso, párr.10).

³¹¹ Tribunal de Sentencia de Santa Tecla, El Salvador, *Sentencia No. 49-U2-2017* (El Salvador, 18 de abril, 2017, a las 15:00 horas, párr.21).

que promovía la adquisición de determinados productos en el precio de quinientos cincuenta colones, a través de anuncios de televisión y publicidad impresa, sin que quedara claro que la oferta se aplicaría únicamente en restaurantes y no en puntos de venta, como los *food court*. Al confirmar la resolución administrativa, el Tribunal sostiene que:

(...) la veracidad funciona en una doble vía para proteger la verdad del contenido publicitario y para amparar sobre todo al consumidor, que como destinatario final no puede ser sorprendido por una publicidad deformada o incompleta que no es oportuna, es decir, anterior al momento de adquirir el producto. Se ha esbozado la tesis de que era deber del denunciante en sede administrativa, como consumidor responsable, para tomar la mejor decisión de consumo, que, como paso previo, se enterara, en qué consistían tales restricciones o limitaciones, señalando como fuente complementaria los puntos de venta, no obstante, tal obligación es complementaria con la obligación del comerciante de suministrar la información completa o al menos indicar los medios o formas para obtener el resto de los datos necesarios para la toma de la decisión y no es capaz de relevarlo o exonerarlo de tal imposición legal.³¹²

En ese sentido, el Tribunal considera que la publicidad empleada por la empresa viola el deber de información veraz y oportuna que le vinculaba al comerciante, y el correlativo derecho a información certera que le asiste al consumidor. Es decir, la omisión de suministro oportuno de información al consumidor, atenta directamente contra los derechos constitucionales de los consumidores y deslegitima la publicidad empleada por el comerciante.

(...) Una de las características que debe presentar el mensaje publicitario es la objetividad, la cual se expresa, entre otros, en la no omisión de datos esenciales, que en la nota ilícita se encuentra promovida por un "olvido" del anunciante de información vital. Olvido que, sin duda, se hace patente en el presente caso, y que la empresa actora debe corregir con un nuevo anuncio televisivo en el que indica que la promoción sólo aplica en restaurantes. Estima este Tribunal que no es veraz y oportuna la publicidad que utiliza la frase genérica y cajonera "se aplican restricciones", sin precisar en qué consisten o dónde se pueden consultar las mismas, omitiendo información fundamental, como sería el lugar donde se puede adquirir el bien o servicio.³¹³

Si bien existen otras sentencias sobre publicidad engañosa, en sede contencioso-administrativa³¹⁴, nos interesa aquí citar un voto relevante de la Sala Constitucional costarricense sobre límites a la libertad de expresión comercial. Se trata de una resolución en la que el órgano jurisdiccional conoce de una acción de inconstitucionalidad, interpuesta por un medio de comunicación, contra varios artículos de la Ley No. 5811, del 10 de octubre de 1975. Esta normativa regula en Costa Rica la publicidad que utiliza la imagen de la mujer. Los representantes del Grupo La Nación

³¹² Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Séptima, Segundo Circuito Judicial de San José, *Sentencia No. 23-2009-SVII* (San José, Costa Rica, 13 de febrero, 2009, a las 10:40 horas, considerando V).

³¹³ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Séptima, Segundo Circuito Judicial de San José, *Sentencia No. 23-2009-SVII* (San José, Costa Rica, 13 de febrero, 2009, a las 10:40 horas, considerando V).

³¹⁴ Ver, entre otras, Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. Sección Sexta, Segundo Circuito Judicial de San José, *Sentencia No. 125-2015* (San José, Costa Rica, 29 de julio, 2015, a las 9:50 horas), Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, Segundo Circuito Judicial de San José, *Sentencia No. 310-2007* (San José, Costa Rica, 15 de agosto, 2007, a las 14:00 horas).

alegaban que la normativa instauró un régimen de regulación y control que lesiona el derecho a la libertad de expresión comercial. En un interesante voto, en el que el Tribunal Constitucional desarrolla las restricciones legítimas a la libertad de expresión comercial, se declara sin lugar la acción.

La Sala define muy claramente cuáles son los límites a la publicidad, que derivan de bienes y valores constitucionalmente protegidos:

*La propaganda comercial es hoy en día una de las principales herramientas de quienes pretenden vender bienes y servicios, pues les permite dirigir su mensaje comercial a la mayor cantidad de personas con el fin de que los adquieran. Si bien puede difundirse a través de medios de comunicación colectiva, como periódicos, radioemisoras o canales de televisión, es una actividad cuyo objetivo principal es disuadir y convencer a los consumidores de la conveniencia o necesidad de adquirir un bien o servicio determinado, por lo que a juicio de este Tribunal es una actividad que, fundamentalmente, se relaciona con la libertad de empresa. El contenido esencial de esta libertad, consagrada en el artículo 46 de la Constitución Política, involucra la libre escogencia de la actividad empresarial, la determinación de la estructura de la empresa, así como de los medios necesarios para la consecución de los fines escogidos, entre los cuales es de singular importancia obtener un lucro razonable. Es por ello que el ejercicio del derecho de hacer propaganda comercial está sujeto a limitaciones, también de rango constitucional, cuyo fundamento se encuentra en el numeral 28 constitucional, que establece como límite general a las libertades públicas la moral, el orden público y el daño a terceros, y en el artículo 46 párrafo último de la Constitución, que consagra el derecho de los consumidores y usuarios a la protección de su salud, del medio ambiente, de la seguridad e intereses económicos, así como el derecho de recibir información adecuada y veraz, a elegir libremente y recibir un trato equitativo. Asimismo, es constitucionalmente legítima la restricción de la propaganda comercial, en atención a la protección de valores y principios también de primer orden, como la dignidad de las personas, y el bienestar de la familia y de los menores de edad, que gozan de reconocimiento expreso en varios instrumentos internacionales incorporados al ordenamiento costarricense, a los que se hará referencia más adelante.*³¹⁵

En esta Resolución resulta además de interés la referencia que hace la Sala a la observancia de instrumentos internacionales en materia de derechos de las mujeres:

Los Estados se han preocupado por dictar normas protectoras de la dignidad de las personas en materia de medios de comunicación y de propaganda, porque a pesar de los avances logrados en las últimas décadas en el respeto a la dignidad de todos los seres humanos independientemente de su sexo, religión o raza, los medios masivos de comunicación, en general, tienden a reproducir el sistema de ideas y valores establecidos, entre los cuales se encuentran los roles o papeles tradicionalmente asignados a mujeres y hombres, en una sociedad que trata de superar la desigualdad social y la discriminación por razones de raza, sexo y etnias. Se produce la proyección constante de imágenes negativas y degradantes de la mujer en los medios de comunicación, entre otras cosas, utilizando su imagen como consumidora y objeto de venta en la publicidad comercial, lo cual distorsiona además el proceso de formación de los adultos del mañana, a los que les tocará conducir las riendas de la sociedad en un futuro cercano. (...) Las disposiciones adoptadas en los diversos organismos internacionales se inspiran en el principio

³¹⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, *Acción de inconstitucionalidad: voto 8196-2000* (San José, Costa Rica, 13 de setiembre, 2000, a las 15:08 horas, expediente: 96-002890-0007-CO, considerando VI).

*crisiano de la dignidad esencial de todo ser humano, que informa todo el orden social, colocando los seres en un plano de igualdad, y repudiando toda discriminación irrazonable.*³¹⁶

Otra de las resoluciones del Tribunal Constitucional costarricense, se refiere a una acción de inconstitucionalidad contra varios artículos del Reglamento sobre Regulación y Control de la Publicidad Comercial relacionada con la Comercialización de Bebidas con Contenido Alcohólico y el primer párrafo del artículo 12 de la Ley No. 9047, Ley de Regulación y Comercialización de Bebidas con Contenido Alcohólico. Si bien la acción se plantea con varios alegatos, el accionante considera, en términos generales, que los artículos impugnados desregulan el régimen de control de la publicidad comercial relacionada con la comercialización de bebidas alcohólicas, en violación del principio de interés superior del menor, de la tutela de los símbolos nacionales y del derecho a la salud de toda la población. Con este voto, la Sala anula el artículo del Reglamento que conformaba la Comisión del Ministerio de Salud, encargado de la regulación de este tipo de propaganda, con dos integrantes del sector privado, uno de la Unión Costarricense de Cámaras y otro de las agencias de publicidad. De acuerdo con esta resolución, esta integración es contraria a la tutela de intereses públicos relevantes. Destaca la nota separada del Magistrado Fernando Cruz.

En materia tan delicada, sembrada de contradicciones, en la que se obtienen elevadas ganancias con la comercialización de un artículo que se cataloga como una droga y que es fuente de adicciones en diversos segmentos de la población, es injustificado que una Comisión encargada de la regulación y control de la publicidad comercial de las bebidas alcohólicas, se integren dos representantes comprometidos en la actividad económica y en la publicidad. La tutela de la niñez y de los ciudadanos adictos al alcohol requiere una respuesta institucional diferente, no es posible que la imparcialidad que debe existir en materia tan delicada, tan sensible, se ignore, integrando a representantes que tienen una visión parcializada de una actividad que constituye una amenaza sobre la salud de diversos segmentos de la población. El control de la salud y la tutela de la niñez no puede ser ejercida por los actores que deben ser controlados.

*El alcohol es una droga que provoca drogodependencia. Eso pareciera perderse de vista con la integración de la Comisión. Se trata de una droga legalizada en la que la acción preventiva es fundamental, por esta razón se requiere un control estricto sobre la publicidad. Los integrantes de la Comisión no deben tener interés directo en la publicidad o en la actividad empresarial relacionada con la fabricación o la publicidad del alcohol.*³¹⁷

En el caso de Panamá, el estudio determina una menor cantidad de registros recientes. Una sentencia, del año 2009, (caso UNITED CARS, S.A), en un proceso contencioso-administrativo en el que se impugna una resolución de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (ACODECO), el Tribunal realiza un amplio desarrollo del concepto de publicidad engañosa.

³¹⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, *Acción de inconstitucionalidad: voto 8196-2000* (San José, Costa Rica, 13 de setiembre, 2000, a las 15:08 horas, expediente: 96-002890-0007-CO, considerando VII).

³¹⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, *Acción de inconstitucionalidad: voto 7123-2016* (San José, Costa Rica, 25 de mayo, 2016, a las 11:25 horas, expediente: 13-011134-0007-CO, considerando XIII).

La publicidad engañosa, según la Doctrina tiene dos tipos de modalidades, cuando el medio por el cual se difunde la publicidad contiene falsedades o cuando se omite información que induzca o pueda inducir a error al consumidor (...)Igualmente con respecto a este tema, la doctrina ha planteado que la publicidad engañosa por omisión es: "la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades, o servicios cuando dicha omisión induzca a error a los destinatarios" (...) , y tal como se desprende que las condiciones que se establecen en la publicidad de las promociones, debe contener datos fundamentales, la inexactitud de los mismos, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, lo que infringiría el principio de veracidad.³¹⁸

En este caso, el Tribunal considera que si bien la publicidad de los bienes o productos no pueden incorporar o llevar consigo todos los datos referidos, no deben ser puestos a disposición de los consumidores y usuarios sin que permitan, de forma cierta y objetiva, una información veraz, eficaz y suficiente sobre dichos extremos.

Aplicar una restricción a una promoción, sostiene el Tribunal, significa establecer un límite o condición a los consumidores para que puedan llegar a beneficiarse de ella; esta debe estar enmarcada en el principio de veracidad y en el derecho a la información del consumidor, toda vez que dicha restricción debe contener de manera clara y veraz lo promocionado, siendo el periodo de validez un elemento esencial en este tipo de promociones publicitadas.

En el caso Global Alliances Group, el Tribunal Contencioso³¹⁹ en otra campaña publicitaria, ratificó la resolución, de sede administrativa, por considerar que la empresa promocionó la venta de apartamentos sin apego a los planos que había presentado para su aprobación ante la Dirección de Obras y Construcciones Municipales del respectivo Municipio.

Se identificó una única sentencia, del año 2001, sobre publicidad comparativa, en la que el Tribunal sostiene que no existe norma alguna que prohíba este tipo de publicidad en Panamá, por lo que está permitido que, en el ejercicio del comercio, se hagan referencias al establecimiento, productos, servicios o a la actividad comercial de la competencia, siempre y cuando sean veraces y no desacrediten al competidor.

Si ello es así, tenemos que tener bien claro que, como consecuencia de la economía liberal de mercado imperante en esta época, la publicidad comparativa es un principio general del ejercicio del comercio en nuestro medio y, como tal, sólo excepcionalmente se puede restringir (...) los intereses de los consumidores abogan en favor de la liberalización de las comparaciones publicitarias siempre y cuando se fijen determinados requisitos de licitud para éstas, requisitos de licitud que aseguren que esta técnica no será utilizada por los anunciantes para engañar al público.³²⁰

Honduras, no solo es el país con la legislación menos actualizada sobre derechos de los consumidores y publicidad, sino que también presenta una menor cantidad de información disponible sobre sentencias judiciales en esta materia.

Por ejemplo, no se encuentra información, ni en la base de datos VLex ni en la plataforma de jurisprudencia del Poder Judicial, bajo los descriptores de publicidad, publicidad ilícita y publicidad engañosa. Únicamente citamos una resolución de Sala de lo Laboral-

³¹⁸ Tribunal Contencioso de Corte Suprema de Justicia (Pleno), 3ª de lo Contencioso Administrativo y Laboral de Panamá, *Sentencia s.n.* (Panamá, 2 de febrero de 2009, párr. 18 y 22).

³¹⁹ Tribunal Contencioso de la Corte Suprema de Justicia (Pleno), 3ª de lo Contencioso Administrativo y Laboral de Panamá, *Sentencia s.n.* (Panamá, 10 de marzo, 2009).

³²⁰ Tercer Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito Judicial de Panamá, *Sentencia de Comercio s.n.* (Panamá, 16 de enero, 2001, párr.21).

Contencioso Administrativo de 2014³²¹ en que se demanda la nulidad de un acto administrativo dictado por la Dirección de Protección al Consumidor, en que se exime de responsabilidad por publicidad engañosa a las Farmacias Kielsa. Según las accionantes, las empresas comerciales incurrieron en publicidad engañosa al anunciar descuentos generales de un 30% y a la tercera edad de un 40%, mediante el uso de la tarjeta KIELSA Cash, dando únicamente el 27.75% y el 37%, respectivamente. La Dirección General de Protección al Consumidor estimó que no era un caso de publicidad ilícita, resolución que fue ratificada en instancias judiciales.

7. Los derechos de los consumidores y la publicidad en el derecho comunitario

No se nota un desarrollo -ni siquiera iniciativas- de carácter comunitario sobre derechos del consumidor y publicidad. El único antecedente es la creación, el 18 de mayo de 2007, del Consejo Centroamericano de Protección al Consumidor (CONCADECO), que es un organismo del Sistema de Integración Económica Centroamericana (SICA)

A pesar de que la idea de CONCADECO es promover iniciativas de integración de las agencias gubernamentales de protección al consumidor de cada uno de los países de la región, no existe ninguna propuesta en el campo de la regulación publicitaria. Parece que los mayores esfuerzos se impulsan hacia la integración de mercados más que hacia la protección regional de los derechos de los consumidores.

Uno de los objetivos de CONCADECO es fomentar la cooperación entre las agencias gubernamentales de protección al consumidor de Centroamérica, las universidades, las asociaciones de consumidores y los entes reguladores de los diferentes sectores.

La idea de conformar un organismo regional como el CONCADECO, surgió en la I Reunión Centroamericana de Agencias Gubernamentales de Protección al Consumidor realizada el 26 de agosto de 2006, en San Salvador, El Salvador. Posteriormente fue reconocido en la XXX Reunión Ordinaria de Jefes de Estado y de Gobierno de los países del Sistema, en junio de 2007.

Si bien, el organismo busca armonizar políticas, la aplicación de normas y procesos en la tutela de los derechos de los consumidores, no se conocen avances importantes en esta materia.

8. Conclusiones

Esta aproximación a los límites jurídicos a la publicidad en los ordenamientos de protección al consumidor, de cuatro países centroamericanos, nos permite llegar a las siguientes consideraciones finales. En primer término, el estudio no pretende agotar todas las dimensiones jurídicas de la actividad publicitaria en el modelo de protección al consumidor de la Región.

³²¹ Sala de lo Laboral-Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de Honduras, *Sentencia CA-365-13* (Honduras, 23 de setiembre, 2014).

Uno de los temas que quedan pendientes es el del avance del comercio electrónico y los nuevos desafíos que plantea para las comunicaciones comerciales.

Nos parece relevante hacer algunas consideraciones finales a modo de conclusión:

El Salvador y Costa Rica cuentan con marcos jurídicos que exhiben una regulación más profusa de las expresiones publicitarias. Si bien los instrumentos normativos son muy similares en los cuatro países, el desarrollo de la jurisprudencia es disímil. En este aspecto, también El Salvador y Costa Rica disponen de bases de datos actualizadas con jurisprudencia de mayor interés. No obstante, se nota -en términos generales- la ausencia de sistematización de la información jurídica sobre publicidad en Centroamérica.

La normativa nos muestra que las agencias gubernamentales desarrollan competencias similares, de carácter sancionatorio sobre la publicidad ilícita y acerca de las responsabilidades de los proveedores de productos y servicios. El Salvador y Panamá cuentan con agencias de mayor independencia funcional por ser entes descentralizados del Ejecutivo.

Se notan nuevas tendencias regulatorias. Destaca El Salvador por una legislación de avanzada en publicidad sexista y junto a Costa Rica, el plantear nuevos derroteros sobre la publicidad en el marco del comercio electrónico, aunque con legislaciones muy incipientes.

Es claro y lamentable que, en el contexto de un acelerado intercambio comercial, mediado ahora por nuevas formas de consumo, el derecho comunitario no ha avanzado en estas materias y que la prioridad política regional parece ser únicamente el ámbito de la libre competencia y no los derechos de los consumidores.

9. Referencias bibliográficas

Asamblea Constituyente de la República de El Salvador. *Constitución Política de 1983*. Diario Oficial No. 234, 16 diciembre, 1983. Consultado el 10 de agosto de 2020. <https://www.asamblea.gob.sv/legislacion/constitucion>

Asamblea Constituyente de la República de Honduras. *Constitución Política de 1982*. Decreto No. 131. 11 enero, 1982. Consultado el 10 de agosto de 2020. <https://www.tsc.gob.hn/biblioteca/index.php/leyes/177-constitucion-de-la-republica-de-honduras>

Asamblea General. *Resolución 70/186*. 22 de diciembre de 2015. Consultado el 30 de abril de 2020. https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditceplpmisc2016d1_es.pdf

Asamblea Legislativa. *Constitución Política de la República de Costa Rica*. San José, Costa Rica. Reformado por Ley No. 7607 de 29 de mayo de 1996. Consultado el 10 de agosto de 2020. https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871

Asamblea Legislativa, Costa Rica. *Expediente no. 12023 (Exposición de motivos)*. Consultado 18 de octubre de 2019. <http://imagenes.asamblea.go.cr/EINTEGRATOR4/document.aspx?query=1009&doc=1003628>

Asamblea Legislativa, Costa Rica. *No. 7472: Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor de Costa Rica*. Costa Rica, 20 de octubre de 1994. Consultado 10 de abril 2020. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=26481

Asamblea Legislativa, Costa Rica. *No 8642: Ley General de Telecomunicaciones de Costa Rica*. Honduras, 4 de junio de 2008. Consultado el 10 de abril 2020. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=63431

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley no. 7607: Reforma Constitucional a los Artículos 24 y 46 de la Constitución Política*. San José, 29 de mayo, 1996, publicado el 18 junio, 1996. Consultado el 10 de agosto de 2020. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=25026&nValor3=26476&strTipM=FN

Asamblea Legislativa, El Salvador. *Decreto No. 776: Ley de Protección al Consumidor*. El Salvador, 18 de agosto de 2005. Consultado 10 de abril, 2020. <https://www.asamblea.gob.sv/decretos/details/313>

Asamblea Nacional, Panamá. *No. 45: Ley Dicta Normas de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia y otra disposición*. Panamá, 31 de octubre, 2007, ACODECO. Consultado 10 de abril, 2020. http://www.acodeco.gob.pa:8080/RECAC/Ley45Panama_2007.pdf

Asamblea Nacional de la República de Panamá. *Constitución Política de 1972*. Reformada por los Actos Reformativos de 1978, el Acto Constitucional de 1983, y los Actos Legislativos No. 1 de 1993 y No. 2 de 1994, y al Acto Legislativo No. 1 de 2004; La Gaceta Oficial No. 25176, 15 noviembre, 2004. Consultado el 10 de agosto de 2020. <https://www.cijc.org/es/NuestrasConstituciones/PANAM%C3%81-Constitucion.pdf>

Battello, Silvo Javier y Fernando Ezequiel Shina. *Fundamentos para la protección del consumidor*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2016.

Bercovitz, Alberto. *Apuntes de Derecho Mercantil*. Navarra, España: Aranzadi, 2013.

Congreso Nacional, Honduras. *Decreto No. 24-2008: Ley de Protección al Consumidor*. Honduras, 07 de julio, 2008. Consultado 10 de abril, 2020. <https://sde.gob.hn/wp-content/uploads/2017/06/Ley-de-Protecci%C3%B3n-al-Consumidor.pdf>

Consejo Centroamericano de Protección al Consumidor. *El Estado de la protección de los derechos del consumidor*. El Salvador, 2008. Consultado 18 de octubre de 2019. http://www.sica.int/busqueda/busqueda_archivo.aspx?Archivo=odoc_37323_1_250620_09.pdf

Escolán, Celina y Claudia Schatan. *Panorama y retos de la política de competencia en Centroamérica*. México: Serie Estudios y Perspectivas CEPAL, 2017.

Instituto de la Mujer de España. *Guía de intervención ante la publicidad sexista*. Madrid, España: Catálogo General de Publicaciones Oficiales, 2008. Consultado el 30 de abril de 2020.

<http://oimp.ciem.ucr.ac.cr/sites/default/files/recursos/201601/Guia%20de%20intervencion%20ante%20la%20publicidad%20sexista.%202008.pdf>

Ordóñez Laclé, Camila. *Violencia simbólica y la regulación de la publicidad con perspectiva de género*. Consultado el 10 de mayo de 2020. <http://ciem.ucr.ac.cr/Violencia-simbolica-y-la>

Poder Ejecutivo, Costa Rica. *Decreto Ejecutivo No. 37899: Reglamento a la Ley No. 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor de Costa Rica*. Costa Rica, 08 de julio de 2013. Consultado 10 de abril de 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=75696

Poder Ejecutivo, Costa Rica. *Decreto Ejecutivo No. 40703: Reforma al Reglamento a la Ley No. 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor*. Costa Rica, 03 de octubre de 2017. Consultado 10 de abril, 2020. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=85162&nValor3=110031&strTipM=TC

Poder Ejecutivo, El Salvador. *Decreto Ejecutivo No. 68: Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor*. El Salvador, 05 de junio, 2015, Portal de Transparencia. Consultado el 10 de abril, 2020. <https://www.transparencia.gob.sv/institutions/dc/documents/reglamento-de-la-ley-principal>

Poder Ejecutivo, Honduras. *Acuerdo 15-2009: Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor*. Honduras, 09 de marzo, 2009, Secretaría de Desarrollo Económico. Consultado 10 de abril, 2020. <https://sde.gob.hn/wp-content/uploads/2017/06/Ley-de-Proteccion-al-Consumidor.pdf>

Poder Ejecutivo, Panamá. *Decreto Ejecutivo No.46: Reglamento al Título II de la Ley 45 Dicta Normas sobre Protección al Consumidor y de la Competencia*. Panamá, 23 de junio, 2009. Vlex Panamá. Consultado 10 de abril, 2020. <https://vlex.com.pa/vid/consumidor-competencia-59307580>

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Acción de Inconstitucionalidad: voto 5393-97*. Costa Rica, 5 de setiembre, 1997 15.18 horas, Expediente 97-000995-0007.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Acción de inconstitucionalidad: voto 8196-2000*. Costa Rica, 13 de setiembre, 2000 15:08 horas, Expediente: 96-002890-0007.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Acción de inconstitucionalidad: voto 7123-2016*. San José, Costa Rica, 25 de mayo, 2016, a las 11:25 horas, Expediente: 13-011134-0007-co.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Acción de inconstitucionalidad: voto 8196-2000*. San José, Costa Rica, 13 de setiembre, 2000 a las 15:08 horas, Expediente: 96-002890-0007-CO, considerando VI.

Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador. *Sentencia No. 7-2010*. El Salvador, 13 de marzo, 2019 a las 15:29 horas.

Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador. *Sentencia No. 48-2009*. El Salvador, 12 de marzo, 2015, a las 8:30 horas.

Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador. *Sentencia No. 88-2011*. El Salvador, 9 de marzo, 2016 a las 12:28 horas.

Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador. *Sentencia No.386-2009*. El Salvador, 30 de abril, 2015, a las 8:10 horas.

Sala de lo Laboral-Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de Honduras. *Sentencia CA-365-13*. Honduras, 23 de setiembre, 2014.

Sánchez del Castillo, Vilma. *La publicidad en Internet*. Madrid, España: La Ley, 2007.

Tercer Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito Judicial de Panamá. *Sentencia de Comercio s.n.* Panamá, 16 de enero, 2001.

Tribunal de Sentencia de Santa Tecla, El Salvador. *Sentencia No. 49-U2-2017*. El Salvador, 18 de abril, 2017, a las 15:00 horas.

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Séptima, Segundo Circuito Judicial de San José. *Sentencia No. 23-2009-SVII*. San José, Costa Rica, 13 de febrero, 2009, a las 10:40 horas.

Tribunal Contencioso de Corte Suprema de Justicia (Pleno), 3ª de lo Contencioso Administrativo y Laboral de Panamá. *Sentencia s.n.* Panamá, 2 de febrero, 2009.

Tribunal Contencioso de la Corte Suprema de Justicia (Pleno), 3ª de lo Contencioso Administrativo y Laboral de Panamá. *Sentencia s.n.* 10 de marzo, 2009.

XXX Reunión Ordinaria de Jefes de Estado y de Gobierno de los Países del SICA. Belice, 29 de junio de 2007.

Propiedad intelectual y registro de marcas a nivel centroamericano

Juliana Jiménez Alpízar

*322

SUMARIO 1.- Introducción. 2.-Consideraciones Generales. 3.- Análisis de normativa y leyes vigentes en los países centroamericanos 3.1- Honduras 3.2- Guatemala 3.3- Salvador 3.4- Costa Rica. 4.- Estudio comparado del derecho marcario. 5.- Necesidad de una marca comunitaria desde el análisis comparado de la Unión Europea 6.- Conclusiones

Abreviaturas

OMPI Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

SICA Sistema de Integración Centroamericana

UE Unión Europea

EUIPO Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea

(OAMI) Oficina de Armonización del Mercado Interior

RESUMEN: La presente investigación analiza la legislación en materia de propiedad intelectual en cada uno de los países centroamericanos y, dada la amplitud del tema, se enfocará particularmente al registro de marcas. Además, se buscarán las diferencias y semejanzas que permitan identificar los principales problemas que existen entre los países de la región para que se cuente con un sistema unificado de registro de marcas y la posibilidad de contar con una marca comunitaria, similar a la Unión Europea.

ABSTRACT

This research project tries to analyze the legislation on intellectual property in each of the Central American countries. Intellectual property is a very broad topic, which is why this

* Doctoranda en Derecho de la Universidad de Costa Rica.

research will focus on trademark registration, which is the main problem that exists between the countries of the region to have a unified trademark registration system.

1.- Introducción

Los derechos de propiedad intelectual se insertaron, a nivel mundial, por medio de diversos ámbitos, tales como: artísticos, industriales, científicos, entre otros. Producto de esta inserción en el mundo, se hace necesario que cada uno de los países busque y promueva una legislación para proteger este tipo de derechos, lo que se ha logrado a nivel nacional, internacional y comunitario.

No cabe ninguna duda, dentro de este mundo globalizado brotado de una ardua relación de intercambio de productos de todo tipo, la propiedad intelectual representa un instituto jurídico fundamental, porque ampara los derechos patrimoniales de las personas que han creado algún producto, dando así una protección a sus invenciones y, además de esto, se otorga a los creadores la posibilidad de controlar el uso de sus creaciones.

Por otra parte, la propiedad intelectual abarca dentro de su protección varias ramas, de las cuales se indican: derechos de autor, patentes, marcas, diseños industriales, indicaciones geográficas y secretos comerciales. El presente trabajo de investigación se centrará en el derecho marcario.

El derecho marcario viene a representar una protección de las empresas, provocando también, a su vez, una reactivación en cuanto al comercio, no solo en el país donde se encuentre domiciliada la empresa, sino, además, a nivel internacional.

Es importante tener en cuenta que la marca representa uno de los activos más valiosos de la empresa y es su manera de darse a conocer dentro del mercado competitivo. Por ese motivo, dentro de esta investigación se procederá a analizar la regulación en el marco jurídico de la marca no solo en Costa Rica, sino además a nivel centroamericano.

Son evidentes los esfuerzos que se realizan a nivel centroamericano para lograr la integración, sin embargo, se cuenta con varios obstáculos, uno de los más relevantes es que en los Estados no respetan las políticas y normas de la integración adoptadas, como debería darse. En ese contexto debe analizarse el tema del derecho marcario a nivel centroamericano, las leyes que existen en cada uno de los países, los antecedentes de normas regionales, a fin de determinar cuál es el problema y la necesidad común, en relación al derecho marcario.

Así, se plantea como problema central de la investigación determinar la necesidad que existe, a nivel centroamericano, de contar con un sistema unificado de registro de marcas, analizar la legislación de cada país y las consecuencias jurídicas que esto produce.

Lo anterior nos lleva a formular la siguiente hipótesis: si bien la propiedad intelectual está resguardada por la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), y suponiendo que los países miembros caminarán hacia un mismo sentido en relación con temas de propiedad intelectual, es necesario que exista un registro único de marcas a nivel centroamericano para garantizar una mejor protección.

Por otra parte, es de suma importancia realizar una comparación en cuanto a las similitudes y diferencias que poseen cada uno de los países centroamericanos, con el fin de encontrar la manera de lograr una unificación del registro de marca. Esto, además, permitiría entender el porqué se han realizado esfuerzos dentro de los mismos países para lograr esta unificación sin tener resultados positivos para la creación de una marca comunitaria.

El objetivo general es estudiar el régimen marcario a nivel regional centroamericano (Costa Rica, Guatemala, Salvador, Honduras) para determinar, desde una óptica comparada, advirtiendo diferencias y semejanzas, la necesidad de contar con un registro unificado de marcas donde se registre la validez y el uso de la marca a nivel centroamericano.

Como objetivos específicos, la presente investigación traza los siguientes:

1. Analizar la normativa y las leyes vigentes de las legislaciones en torno al derecho marcario.
2. Examinar los convenios actuales, y sus antecedentes, relacionados el derecho de marcas en Centroamérica.
3. Realizar una comparación entre los países de la región centroamericana con respecto al derecho marcario.
4. Establecer la necesidad de una marca comunitaria, en comparación con la Unión Europea.

En cuanto a la metodología que se utilizará en la presente investigación, es una combinación de dos tipos de métodos, considerando que ambos tipos de métodos ayudarán a lograr los objetivos planteados de este proyecto.

En primer lugar se utilizará el método comparativo, también conocido por varios autores como análogo/comparativo³²³, el cual trata de observar y analizar los diferentes sistemas jurídicos que utilizan los países centroamericanos y europeos en cuanto al derecho de marcas como tal y establecer si contienen alguna similitud o diferencia. Como bien lo explica Sierra Bravo “ Este método, que consiste en el procedimiento ordenado y sistemático de poner en relación, para observar sus semejanzas, diferencias y relaciones, objetos, fenómenos e instituciones, aparece ligado al desarrollo de las ciencias positivas”³²⁴.

³²³ Marilú Rodríguez Araya, *Guía Práctica para elaborar el proyecto de tesis* (San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, 2019), 3-4, consultado el 8 de agosto de 2020, https://derecho.ucr.ac.cr/sites/default/files/documents/investigacion/GUIA_PRACTICA_ELABORACION_PROYECTO_TESIS.pdf

³²⁴ Restituto Sierra Bravo, *Tesis doctorales y trabajos de Investigación Científica*. (Madrid, España: Editorial Thomson Editores Spain Paraninfo S.A, 2007), 58.

Este método será de gran utilidad para establecer conforme a los objetivos planteados, la utilidad de un registro de marcas comunitaria en el caso de Centroamérica y extraer las buenas prácticas que han utilizado diferentes regiones como la Unión Europea.

El segundo método que se utilizará, es el inductivo el cual consiste en analizar conceptos o patrones particulares para llegar a puntos de análisis generales, esto con el fin de estudiar cada uno de las legislaciones de los países seleccionados en el presente trabajo y extraer conclusiones generales que aporten puntos clave de manera general. Sierra Bravo indica: “En la inducción el movimiento de la razón es lógicamente ascendente. A partir de enunciados más cercanos a la experiencia, se eleva a enunciados o conclusiones más abstractos y generales”³²⁵.

Las fuentes de la comparación cumplen un papel fundamental en esta investigación, ya que esto será la base para determinar y analizar cómo es que están funcionando actualmente las regiones en cuanto al derecho marcario. Entre ellas se utilizará la jurisprudencia de los países seleccionados con el fin de verificar el pronunciamiento de los Tribunales de justicia, con el fin de que permitan validarse como se solucionan los conflictos de intereses.

Este trabajo abordará en un orden lógico los temas relacionados con el derecho marcario a nivel centroamericano, específicamente en los países Costa Rica, Guatemala, Salvador y Honduras. Es importante conocer la legislación de cada país y, con base en estos datos, poder extraer las semejanzas y diferencias que se manifiesten dentro de esos países. Además, debido a que este tema ha sido incorporado en algunas normas centroamericanas, se analizarán los convenios de intento de una unificación centroamericana en cuanto a este tema y por supuesto conocer si, en la actualidad, alguno de estos convenios se encuentran vigentes.

Dentro del estado de la cuestión, se plantea que los gobiernos de los países centroamericanos siempre han sabido de la necesidad de contar con un sistema unificado de normas jurídicas que regulen las marcas, esto se traduce en seguridad para las empresas comerciales garantizando que la competencia es segura y leal, además de facilitar enormemente las relaciones comerciales entre países de la región.

En cuanto al tema del derecho de marcas, es un tema que se encuentra regulado no solo en nuestro país, sino también a nivel centroamericano desde hace mucho tiempo, lo cual ayuda en esta investigación por que se cuenta con elementos relevantes de autores reconocidos que alivianan la tarea cuando a doctrina se trata.

Por otra parte, como se indicó anteriormente, este no es un tema nuevo, lo cual produce que también se pueda recolectar dentro del presente trabajo de investigación jurisprudencia de los países centroamericanos, con el fin de unificar criterios de las Cortes Supremas de cada uno de los países de la región, ayudando con uno de los objetivos de esta investigación.

³²⁵ *Ibíd.*, 88.

Además, se va a realizar una especial mención de los reglamentos comunitarios , procurando extraer de ellos aspectos importantes que sean utilizados para esta investigación en cuanto a la comparación con los sistemas y regulación centroamericanos. Es de gran importancia, sobre todo Reglamento sobre la Marca de la Unión Europea, el cual sufrió una reforma que entró a regir en el mes de marzo del año dos mil dieciséis, por lo cual, al encontrarse actualizado resulta de gran utilidad para esta investigación.

La propiedad intelectual es un tema que se desarrolla en todo el mundo. Existen Organismos Internacionales encargados de regular, brindar cooperación e informar a los estados miembros. La principal organización se encuentra en Ginebra, Suiza y es la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, por lo tanto, de esta plataforma se extraerá información actualizada de la situación a nivel mundial en cuanto el registro de marcas y cómo es que esta organización ha proporcionado ayuda a nivel centroamericano para lograr el registro de marcas unificado que actualmente no se posee.

Por último, una parte fundamental que muestra el estado actual del desarrollo del tema seleccionado, se encuentra en las resoluciones que se han dictado a nivel administrativo por los diferentes órganos de cada país, sobre las implicaciones y los conflictos que se dan en cuanto al derecho marcario relacionado a la falta de un registro comunitario de marcas o, al menos, que la legislación guarde relación en cuanto a este importante tema.

2.- Consideraciones generales.

El uso de las marcas es un tema antiguo, desde las poblaciones que se dedicaban a la artesanía, cuando graban en sus esculturas o sus creaciones sus firmas para después enviarlas a diferentes pueblos. Desde ese momento, se ha tenido en el radar lo importante que es tener seguridad e individualidad en cuanto a las creaciones que se desarrollen.

La propiedad intelectual engloba las marcas con el fin de proteger a sus creadores y a la hora que los productos se involucren en el mundo comercial se identifiquen sin ningún inconveniente. Las marcas se desarrollan continuamente en nuestro entorno y esto se debe a que el sector comercial es cada vez más agresivo, cada día crece la competitividad entre las empresas y lo que utilizan para distinguir sus productos es la marca.

Como consecuencia de este avance continuo, es que la marca se ha convertido en uno de los activos más valiosos que tienen algunas empresas, colocándose dentro del mercado comercial en sus cumbres mundiales e identificada por la marca que crearon, generalmente los fundadores de dichas empresas, utilizándose la marca como una herramienta para simplificar a los consumidores la identificación de determinado producto.

Siendo las marcas un activo intangible de alto valor, es que se plantea la necesidad de buscar su protección. De esta manera, la propiedad intelectual, como rama del derecho, recoge entre sus funciones o fines las marcas. Es a través del paso del tiempo que se observa la

necesidad de proteger este tipo de creaciones buscando tutelar los intereses económicos e intelectuales de los inventores.

La propiedad intelectual se divide en dos grandes ramas, una es la propiedad industrial que, a su vez, está conformada por patentes, marcas, dibujos y modelos industriales e indicaciones geográficas y la segunda rama es el derecho de autor, que protege las obras literarias y artísticas.

Sin embargo, en esta investigación se desarrollará lo referente al tema de las marcas. Esta parte que engloba los derechos de propiedad intelectual ha tenido cada vez mayor relevancia tanto nacional como internacionalmente, esto ha provocado que los organismos internacionales como lo son la OMPI, la Organización Mundial del Comercio (OMC) y algunos tratados internacionales discutan sobre cómo darles mayores garantías a los creadores de este tipo de productos.

Esto ha provocado que se desarrollen tratados comerciales entre países ya sea de una misma región, o países que cuentan con desarrollos más amplios que otros, generando que se reactive la economía y entrelazando relaciones entre los países. Se ve reflejado en la tendencia que se presenta en la firma de tratados internacionales, donde los países que conforman dichos tratados se obligan a llevar un hilo homogéneo en sus intereses y en la manera de legislación de cada uno.

No se puede dejar de lado el tema de los Tratados de Libre Comercio entre países de una misma región o países que son potencia a nivel mundial, pero que estos tratados no solo traen consigo propuestas beneficiosas para los países contratantes, sino, además, portan condiciones que pueden generar conflictos a lo interno del país.

Es así como Centroamérica también busca la integración a nivel regional en cuanto a la propiedad intelectual y el registro de marcas, tanto que las legislaciones nacionales como internacionales han creado normas jurídicas para la protección de las marcas. Sin embargo, en el caso de Centroamérica cada uno de los países que conforman esta región tienen su propia legislación, lo cual provoca que no se lleve un registro unificado de marcas y, mucho menos, criterios unificados referente al tema de legislación en materia de derecho marcario - al menos regional - complicándose más las cosas relacionadas a temas de comercio y problemas para las empresas que quieran posicionar la marca en otro de los países centroamericanos.

En esta misma línea, pese a múltiples esfuerzos que han realizado los gobiernos locales, actualmente se hecha de menos una unificación de este tipo de legislación. Como evidencia de este esfuerzo se da en el año 1968 entre los gobiernos de la república de Guatemala, Honduras, Nicaragua, El Salvador, Nicaragua y Costa Rica realizar el Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial³²⁶, en la cual se comprometían adoptar en cada uno de

³²⁶ Asamblea Legislativa de Costa Rica, *Ley no. 4543: Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial* (San José, Costa Rica, 1 de junio de 1968), consultado el 8 de agosto de 2020, <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/cr/cr050es.pdf>

estos territorios un régimen único de normas jurídicas que regularan la materia relacionada con el derecho marcario.

El 30 de noviembre del año 1994, se firmó, entre los países miembros, una modificación. Por otra parte, si bien se firmó este entre los gobiernos no podía entrar en vigencia hasta que los países que formaban parte adoptaran la normativa nacional al pacto que habían realizado, además, este convenio lamentablemente contenía disposiciones que se contraponían con los intereses de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual (ADPIC) de la Organización Mundial de Comercio.

3.- Análisis de normativa y leyes vigentes en los países centroamericanos

Como bien se indica al inicio de la investigación, el derecho de marcas es una rama de la propiedad intelectual y la mayoría de los países a nivel mundial han encontrado la necesidad de regular este tema en sus legislaciones. Y no es para menos, ya que muchos de los países cuentan con inyectores importantes a nivel de economía producto de las empresas privadas, la mayoría de las cuales están reconocidas o distinguidas por una marca, lo cual es necesario para fortalecer su posicionamiento y reconocimiento en el mercado local.

3.1.- Honduras.

Este país ha visto la necesidad de tener leyes que regulen el Derecho Marcario y lo enfocan desde el punto de vista de que cada registro nuevo de marcas es un nuevo negocio, es inyección de capital a la economía del país.³²⁷

Honduras cuenta con una Dirección General de Propiedad Intelectual identificada por sus iniciales como DIGEPIH, esta institución tiene como misión “Administrar y atender los servicios relativos a proteger la propiedad intelectual según lo establecido por los decretos N 499-E de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos y N12-99-E de la Ley de Propiedad Industrial”.³²⁸

Es importante destacar que esta dirección tiene dentro de sus objetivos cumplir con los compromisos internacionales que se adquirieron por medio de Convenios y Tratados Internacionales. Además de ayudar a fortalecer el conocimiento que poseen las personas en

³²⁷ Hondudiario, “Importancia de la propiedad intelectual” (Periódico Digital de Honduras, 2019), consultado el 23 de abril del 2020, <https://hondudiario.com/2019/10/27/importancia-de-la-propiedad-intelectual-honduras-registra-mas-de-6-mil-marcas-en-el-ano/>

³²⁸ Dirección General de Propiedad Intelectual de Honduras, consultado el 23 de abril del 2020. <https://digejih.webs.com>

cuanto a la Propiedad Intelectual, específicamente en el registro de marcas, patentes y derechos de autor.³²⁹

En este eEstado se rigen con normativa interna y también por normativa internacional. Como leyes nacionales poseen el Decreto ejecutivo 4-99 E, se creó el 13 de Diciembre del año 1999 con la finalidad de brindar protección a los Derechos de Autor y Derechos Conexos, tomando en consideración la escasa regulación que al momento de la creación del decreto existía en Honduras. Otro de los aspectos relevantes que influyeron para la creación de este decreto fue el cumplir con los acuerdos internacionales al suscribirse en la Organización Mundial del Comercio (OMC).³³⁰

En tanto al Derecho de Marcas como tal, se encuentra regulado en el artículo 10 del indicado decreto donde establece lo siguiente “Se tendrá como autor de una obra, salvo prueba en contrario, a la persona cuyo nombre, seudónimo, iniciales, marca o signo convencional, aparezca impreso en dicha obra o en sus reproducciones de la manera habitual o se enuncien en la declamación, ejecución, representación, interpretación o cualquier otra forma de difusión pública de dicha obra.”³³¹

Además cuenta con el Decreto N 12-99-E, creado poco tiempo después del Decreto 4-99 E, exactamente el 30 de diciembre de 1999. Se da con una finalidad similar al anteriormente mencionado, sin embargo, este contiene un enfoque más pronunciado en cuanto hace ver la necesidad de que Honduras se inserte en el mercado mundial para generar un ámbito de confianza para la inversión extranjera y nacional. Y también cumplir compromisos internacionales como el Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).³³²

Dentro de esta Ley se establece como uno de los objetivos, en su artículo 2 inciso 5 lo siguiente “Proteger la propiedad industrial mediante la regulación de patentes de invención; de registros de modelos de utilidad, diseños industriales, marcas y avisos comerciales de denominaciones de origen y de secretos industriales”.³³³

Además, tiene una sección exclusiva acerca de Derecho sobre la Marca, se encuentra en el capítulo II, sección I. Dentro de esta sección establece básicamente cómo se debe registrar una

³²⁹ Dirección General de Propiedad Intelectual de Honduras, consultado el 23 de abril del 2020. <https://digepih.webs.com>

³³⁰ Poder Ejecutivo de Honduras, *Ley del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos, Decreto 4-99-E* (Tegucigalpa, 13 diciembre de 1999), consultado 23 de abril del 2020, <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/hn/hn015es.pdf>

³³¹ *Ibíd.*,

³³² Poder Ejecutivo de Honduras, *Ley de Propiedad Industrial, Decreto 12-99-E* (Tegucigalpa, 30 Diciembre de 1999), consultado 23 de abril del 2020, <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/hn/hn002es.pdf>

³³³ *Ibíd.*, 2.

marca, la protección que brinda el sistema sobre esta, se realiza una clasificación sobre lo que puede englobarse con el término de marca, las prohibiciones que existen para registrar una marca y por último hace hincapié en la definición de marca, esto en el artículo 81: “Para los efectos de la presente Ley se entenderá que una marca se encuentra en uso, cuando los productos o servicios que con ella se distinguen han sido puestos en el comercio o se encuentran disponibles en el mercado bajo esa marca, en la cantidad y del D10do que normalmente corresponde teniendo en cuenta la dimensión del mercado nacional; la naturaleza de los productos o servicios de que se trate y las modalidades bajo las cuales se efectúa su comercialización en el mercado hondureño”.³³⁴

En la sección II, se establece cuál es el procedimiento de registro de la marca, sección III la duración y renovación del registro de marca, sección IV habla acerca de los derechos, obligaciones y limitaciones relativos al registro, sección V transferencias y licencias de uso de la marca y la última sección de este capítulo establece VI terminación del registro de la marca.³³⁵ Se verifica cómo este decreto contempla de una manera muy completa el tema referido a las marcas.

Así mismo Honduras posee jurisprudencia relevante en cuanto el derecho de marcas. Por ejemplo, en la resolución del 02 de Noviembre del 2016, N CP-306-14, hace referencia sobre el artículo 253 del Código Penal, brinda una protección adicional a los derechos de marcas en caso de que la Ley de Propiedad Industrial no lo prevea:

Este artículo estatuye: Serán sancionados con las penas previstas en el artículo 248 anterior, quienes cometan alguna de las infracciones previstas en el T.V. de la Ley de Propiedad Industrial que no estén comprendidos en los artículos anteriores del presente capítulo”. Como podéis apreciar Honorable S. Penal, este tipo penal es un tipo penal en blanco propiamente dicho, en vista que para encontrar el hecho o presupuesto, nos remite al T.V. de la Ley de Propiedad Industrial. El espíritu de este artículo, el cual debió buscar el tribunal A-quo, es proteger aquellos derechos que no están protegido en los demás tipos penales, por ejemplo, en los otros tipos penales están protegidos los derechos de los titulares de las marcas, pero no están protegido los derechos de los titulares de los derechos de los licenciarios de las marcas. Es por ello que, fue la intención del Legislador y es la intención del artículo 253 proteger aquellos derechos que no están protegidos en esos tipos penales, expresando claramente que también deben protegerse aquellos derechos contenidos en el T.V. de la Ley de Propiedad Industrial. Y si analizamos este título vamos a encontrar que el artículo 161, regula el derecho que tienen las personas titulares de una licencia exclusiva sobre una marca, para entablar acción ante el tribunal competente, contra aquellos que infringen su derecho. Por tanto, este artículo lo que protege es el derecho que tienen los titulares sobre las licencias exclusivas de uso de las marcas, no el derecho de accionar ante los órganos competentes, en vista que este derecho subjetivo está contenido en el artículo 82 constitucional. Por tanto, la interpretación correcta de acuerdo al espíritu de la norma, que debió haberle dado el tribunal sentenciador, es que este artículo protege el derecho que ostentan los titulares de las licencias exclusivas de uso

³³⁴ *Ibíd.*, 81.

³³⁵ Poder Ejecutivo de Honduras, *Ley de Propiedad Industrial, Decreto 12-99-E* (Tegucigalpa, 30 Diciembre de 1999), consultado 23 de abril del 2020, <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/hn/hn002es.pdf>

*de las marcas, licencias que están reguladas en los artículos 100, 102, 103 y 104 de la Ley de Propiedad Industrial.*³³⁶

En igual sentido se emite el voto 559-03 de la Sala Laboral-Contenciosa donde se desarrolla una interpretación del artículo 80 de la Ley de Propiedad Industrial en relación con el artículo 7 del Convenio de París y el artículo 96 de la Constitución de la República, en la cual establece:

*Al amparo de la Ley de Propiedad Industrial (Ley anterior) contenida en el Decreto Número 142-93 de fecha 7 de Septiembre de 1993, mediante sentencias emitidas por el Juzgado de Letras de lo Contencioso Administrativo, las cuales tienen el carácter de cosa juzgada y que recayeron sobre las Resoluciones números 62-99, 63-99 y 64-99 todas de fecha 20 de Julio de 1999, cuando ni siquiera existía el Decreto Número 12-99 E, emitido por el Congreso Nacional el día diecinueve de Diciembre de 1999, que contiene la Ley de Propiedad Industrial actualmente vigente, en consecuencia no es lógico pensar que dicha nulidad se podía obtener al amparo de una Ley que no había sido decretada. Se trata pues, de un derecho adquirido y protegido por el Artículo 80 de la Ley de Propiedad Industrial, relacionado con el Artículo 7 del Convenio de París, que el registrador debió tomar en cuenta a efecto de inscribir las marcas aludidas y no omitir su cumplimiento negándole al peticionario el derecho al registro, de las marcas, aplicando disposiciones de la nueva Ley que no son aplicables en el presente caso, por cuanto violentan el principio de retroactividad que establece el artículo 96 de la Constitución de la República, dado que no hay efecto retroactivo en materia civil que también comprende la administrativa.*³³⁷

3.2.- Guatemala

Este país sí posee legislación en cuanto al Derecho de Marcas, tiene vigentes actualmente la Ley de Derechos de Autor y Conexos y La Ley de Propiedad Industrial³³⁸. Ambas leyes se crearon con la finalidad de proteger el derecho de la libertad para la industria frente a terceros y brindar seguridad en cuanto a los titulares de los derechos, además reconoce el derecho de autor como un derecho inherente a la persona humana. Otro de los objetivos de estas leyes es cumplir las obligaciones que se habían pactado con organismos internacionales.

Cuenta con un Registro de la Propiedad Intelectual, el cual se encarga de velar por todos los trámites para la creación y protección de la Propiedad Intelectual, incluyendo un enfoque primordial, una simplificación y agilización de los procedimientos administrativos que tienen a cargo, además fomentar el conocimiento y acompañamiento de los sectores de la población

³³⁶ Sala de lo Penal Corte Suprema de Justicia, *Recurso de Casación: Voto CP-306-14*, (San José, Costa Rica, 2 de noviembre 2016).

³³⁷ Sala Laboral-Contenciosa Corte Suprema de Justicia de Honduras, *Recurso de Casación: Voto 559-03* (Tegucigalpa, Honduras, 22 de octubre, 2003).

³³⁸ Poder Ejecutivo de Guatemala, *Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos* (Guatemala, Decreto del 19 de mayo 1998), consultado el 24 de abril del 2020, <https://irp-cdn.multiscreensite.com/5c5e0c09/files/uploaded/Ley-de-Derecho-de-Autor-y-Derechos-Conexos-Decreto-33-98-y-sus-reformas-----56-200.pdf>

involucrados con estos temas. Sus competencias se distribuyen en Derechos de Marcas, patentes y Derechos de Autor.³³⁹

Retomando el tema de la normativa en esta legislación, como se indicó en líneas anteriores, se cuenta con el Decreto 57-2000, realizado en la Ciudad de Guatemala el 31 de agosto del año dos mil y entró en vigencia el primero de Noviembre del año dos mil. Dentro de este decreto se realiza una definición clara de lo que se entiende como marca dentro de esta legislación en su artículo 3: “Cualquier signo denominativo, figurativo, tridimensional o mixto perceptible visualmente, que sea apto para distinguir los productos o servicios de una persona individual o jurídica de los de otra”.³⁴⁰

Dentro del título II de la indicada Ley se encuentran reguladas las marcas y otros signos distintivos, en el capítulo I se hace una especial descripción de los signos que se pueden constituir como marca, los procesos de admisión para el registro de una marca, vigencias, renovaciones de derechos, limitaciones y obligaciones.

Así mismo, se cuenta con una Ley de Derechos de Autor y Conexo, que se realizó mediante Decreto Numero 33-98 creado en la Ciudad de Guatemala el 19 de mayo de 1998, en virtud de la necesidad de contar con un instituto que protegiera las nuevas tecnologías que se generando dentro del país, además que los derechos que se obtenían producto de la propiedad intelectual estuvieran efectivamente reconocidos de acuerdo con las exigencias de los mercados actuales, con el propósito de estimular la creatividad intelectual.³⁴¹

También, la Corte Suprema de Justicia, específicamente la cámara civil en el voto 103-2018 hace referencia a los mencionados decretos y realiza un amplio análisis sobre el concepto de marca notoria que se encuentra regulado en el Decreto 57-2000, indicando lo siguiente:

Este Tribunal al tener presente que se afirma por parte de la entidad excepcionante sobre la existencia de una marca notoria, considera necesario analizar el artículo 4 del Decreto 57-2000 del Congreso de la República, en donde se establece qué debe entenderse como notoriamente conocido, describiéndose como: “cualquier signo que es conocido por el sector pertinente del público, o en los círculos empresariales, como identificativo de determinados productos, servicios o establecimientos y que ha adquirido ese conocimiento por su uso en el país o como consecuencia de la promoción del signo, cualquiera que sea la manera por la que haya sido conocido”, al ampliarse dicho concepto, de conformidad con la doctrina, se entiende como marca notoria, aquella que es conocida por la mayor parte del sector pertinente del público

³³⁹ Registro de la Propiedad Intelectual Guatemala, “IV Informe Presidencial 2015 Registro de la Propiedad Intelectual Ministerio de Economía, 2015”, consultado el 24 de abril del 2020, <https://rpi.gob.gt/PortalRPI/sites/default/files/informedelabores2015.pdf>

³⁴⁰ Poder Ejecutivo de Guatemala, *Ley de Propiedad Industrial, Decreto 57-2000* (Guatemala, 31 de agosto del 2000), consultado el 24 de abril del 2020, https://rpi.gob.gt/PortalRPI/sites/default/files/ley_propiedad_industrial.pdf

³⁴¹ Poder Ejecutivo de Guatemala, *Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos* (Guatemala, Decreto del 19 de mayo 1998), consultado el 24 de abril del 2020, <https://irp-cdn.multiscreensite.com/5c5e0c09/files/uploaded/Ley-de-Derecho-de-Autor-y-Derechos-Conexos-Decreto-33-98-y-sus-reformas-----56-200.pdf>

*consumidor del producto o servicio que se distinga con ella, debido a la reputación adquirida por su uso y difusión.*³⁴²

Por otra parte dentro de la jurisprudencia se encuentra un voto importante en cuanto al artículo 72 del Decreto 51-2000. Donde se analiza específicamente los incisos C y D fundamentando como es que se debe entender el ligamen que debe existir entre un nombre comercial y el verdadero giro comercial del negocio para que no tienda a generar confusión en el público meta.

*Asimismo, se analiza el artículo 72 de la Ley de Propiedad Industrial, para establecer si el nombre comercial que se solicita registrar se encuentra dentro de las limitantes contenidas en dicha precepto legal, específicamente las literales c. y d. así: literal “c) Sea susceptible de causar confusión en los medios comerciales o en el público sobre la identidad, la naturaleza, las actividades, el giro comercial o cualquier otro aspecto relativo a la empresa o al establecimiento identificado con el mismo...”. Se estima que esta causal no sucede en el caso de estudio, en virtud que el propio nombre comercial indica la naturaleza, la actividad, el giro comercial al que se dedica el establecimiento AKÍ AUTOREPUESTOS, y “d) Sea susceptible de causar confusión en los medios comerciales o en el público sobre la procedencia empresarial, el origen u otras características de los productos o servicios que la empresa produce o comercializa.”.; considerando que el nombre comercial de AKÍ AUTOREPUESTOS define los productos que comercializa, por lo que no es dable que cause confusión en los medios comerciales o en el público.*³⁴³

3.3.- El Salvador

En El Salvador existe el Centro Nacional de Registros, es una entidad autónoma en lo que corresponde a lo administrativo y financiero, se encuentra adscrito al Ministerio de Justicia. Fue creado por medio del decreto ejecutivo N 62, el 5 de diciembre de 1994, con el fin de brindar seguridad en torno a la propiedad, dentro de los aspectos que conocen están la propiedad raíz e hipotecas, registro de comercio, registro de la propiedad intelectual, instituto geográfico y del catastro nacional y registro de garantías mobiliarias.³⁴⁴

En El Salvador la primera ley que reguló el tema de los signos distintivos se creó alrededor del año 1910, la cual tenía el nombre de Ley de Marcas de Fábrica, se realizaron constantes reformas hasta que se crea la Ley de Marcas y otros Signos Distintivos que entró en vigencia en el año 2006 posteriormente sufre una reforma en el año 2013.

Se cuenta también con una Ley de Propiedad Intelectual que regula lo referente a Patentes y Derechos de Autor, esta ley fue creada en agosto de 1993 y al igual que la Ley de Marcas y otros Signos Distintivos ha sufrido varias reformas, entre ellas: en marzo de 1994 y

³⁴² Cámara Civil, Corte Suprema de Justicia de Guatemala, *Recurso de Casación: Voto 103-2018*, (Guatemala, 03 de octubre 2018).

³⁴³ Cámara Civil, Corte Suprema de Justicia, *Recurso de Casación: Voto 659-2017* (Guatemala, 30 abril 2018).

³⁴⁴ Centro Nacional de Registros El Salvador, consultado el 25 de abril del 2020, <https://www.cnr.gob.sv/historia-de-la-creacion-del-cnr/>

posteriormente en marzo del 2006, a la fecha no cuenta con más reformas y es la ley que se mantiene vigente.³⁴⁵

Por medio del Decreto N 868 el Poder Ejecutivo crea la Ley de Marcas y otros Signos Distintivos, esto en vista de la necesidad que tenía el país en el tema de legislación en materia de Propiedad Intelectual producto de los cambios que se estaban generando en cuanto a la economía, comercio internacional y demás convenios internacionales que este país había ratificado en cuanto a la Propiedad Intelectual. En su artículo segundo establece el concepto de marca de la siguiente manera: “Cualquier signo o combinación de signos que permita distinguir bienes o servicios de una persona de los de otra, por considerarse estos suficientemente distintivos o susceptibles de identificar los bienes o servicios a los que se le aplique frente a los de su misma especie o clase”.³⁴⁶

Esta ley contiene los diferentes tipos de marcas que se encuentran reguladas, además de los procedimientos registrales que deben de realizar las personas que deseen registrar una marca. Eespecifica la vigencia de la marca, que se encuentra regulado en el artículo 22, en el cual indica que es de 10 años³⁴⁷, los métodos que se deben de seguir para la renovación y la modificación del registro inicial, los derechos, obligaciones y limitaciones que poseen las personas que registren una marca, la posibilidad de que una autoridad judicial anule el registro de la marca.

Dentro de las normas que se encuentran vigentes dentro de este país, está el Tratado sobre el Derecho de Marcas, que el mismo es obligatorio para las partes que mantengan una marca con la característica de signos visibles y que acepten el registro de marcas tridimensionales, se hace una exclusión de los hologramas y las marcas que no consistan en signos visibles (sonoras y olfativas), dentro de las excepciones se encuentran las marcas colectivas, marcas de certificación y marcas de garantía.³⁴⁸

Existe, además, la Ley de Propiedad intelectual creada mediante Decreto Ejecutivo 604, con la necesidad de proteger el desarrollo que se había alcanzado en estas materias también los procesos industriales y la propiedad literaria, artística y científica. La misma fue creada en San Salvador el día 15 de Julio del 1993. Y llama la atención que en esta Ley expresamente en el artículo 3 establece: “La presente Ley no se aplicara a las marcas, nombres comerciales y expresiones o señales de publicidad comercial, las cuales rigen por la Ley de Marcas y otros signos distintivos.”³⁴⁹

³⁴⁵ *Ibíd.*

³⁴⁶ Poder Ejecutivo de El Salvador, *Ley de Marcas y otros Signos Distintivos* (El Salvador, 06 de junio, 2002), consultado el 25 de abril del 2020, <https://tramites.gob.sv/procedure/910/556?l=es>

³⁴⁷ Poder Ejecutivo de El Salvador, *Ley de Marcas y otros Signos Distintivos* (El Salvador, 06 de junio, 2002), 22, consultado el 25 de abril del 2020, <https://tramites.gob.sv/procedure/910/556?l=es>

³⁴⁸ *Ibíd.*

³⁴⁹ Poder Ejecutivo de El Salvador, *Ley de Propiedad Intelectual* (El Salvador, 15 de julio 1993), consultado el 25 de abril del 2020, <https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/E1DD5109-FA02-4C6A-A172-877422621863.pdf>

Dentro de la jurisprudencia relevante en cuanto a el Derecho de Marcas se cuenta con el voto 403-2009 de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de justicia en la que analiza la anulación de un nombre comercial, regulado en el artículo 9 de la Ley de Marcas y otros Signos Distintivos, indicando lo siguiente:

Ahora bien, no obstante las alegaciones formuladas por el apoderado de la parte actora, se observa –de manera inicial– que las reformas realizadas al artículo 9 de la referida ley, vigentes a partir del día 12-I-2006, no fueron generales; es decir, logra apreciarse que existen elementos en el mencionado artículo que no fueron modificados, entre ellos, la letra c) de la citada disposición, la cual establece la prohibición de registrar como marca o como elemento de ella, a todo aquel signo que afecte algún derecho de tercero cuando sea “...susceptible de causar confusión por ser idéntico o similar a un nombre comercial o un emblema usado en el país por un tercero desde una fecha anterior, siempre que el giro o la actividad mercantil sean similares...”. Asimismo, de la lectura de la resolución cuyo control de constitucionalidad se pretende es posible colegir que, a pesar de que la autoridad demandada no mencionó qué letra específica del artículo 9 de la precitada ley le sirvió de fundamento para emitir su fallo –circunstancia que el abogado del interesado reconoce expresamente en su escrito de evacuación de prevención–, dicha omisión no resultaría suficiente para evidenciar la trascendencia constitucional de la presente queja y, menos aun, la presumible aplicación retroactiva de las reformas introducidas a la mencionada disposición, toda vez que los alegatos esbozados por la referida autoridad para justificar su veredicto, hacen clara referencia al supuesto contemplado por la letra c) que ya estaba vigente a la fecha de presentación y análisis de la solicitud del nombre comercial que era propiedad de su representado.³⁵⁰

3.4.- Costa Rica

El 30 de Junio de 1896 se creó por medio de la Ley número 40 el Registro de la Propiedad Industrial, adscrito al Registro Nacional, posteriormente esta Ley sufre varias reformas hasta que se establece la Ley de Patentes de Invención, Dibujos y Modelos industriales y Modelos de Utilidad, número 6867 del 05 de abril de 1983 y la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos número 7978, del 1.º de febrero del 2000.³⁵¹

Con referencia a la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos, fue creada con la finalidad de brindar protección a los derechos e intereses legítimos de los creadores de las marcas, así como prevenir la competencia desleal. Otro de los objetivos de esta Ley es brindar

³⁵⁰ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia El Salvador, *Recurso de Amparo: Voto 403-2009* (El Salvador, 05 de noviembre del 2010).

³⁵¹ Registro Nacional República de Costa Rica, consultado el 25 de abril del 2020, http://www.registronacional.go.cr/propiedad_industrial/propiedad_industrial_historia.htm

un soporte para las nuevas invenciones en cuanto estas ayudan al soporte económico de un país y establecer las obligaciones y derechos de los adquirientes de una marca.³⁵²

En su artículo 2 de la citada Ley establece la definición de marca: “Cualquier signo o combinación de signos que permita distinguir los bienes o servicios de una persona de los de otra, por considerarse éstos suficientemente distintivos o susceptibles de identificar los bienes o servicios a los que se apliquen frente a los de su misma especie o clase”³⁵³. Adicionalmente establece los tipos de marcas que se pueden registrar, el trámite para registrar una marca, el plazo de vencimiento de una marca ³⁵⁴, establece que el Registro podrá cancelar la inscripción de una marca, respetando el debido proceso y las obligaciones, garantías y facultades que poseen dichos adquirientes.

Este país cuenta con leyes diferentes para cada una de las ramas que se engloban dentro de la Propiedad Industrial, sin embargo, en la Ley de Procedimientos de Observancia de Derechos de Propiedad Intelectual se regula en su artículo 28 el procedimiento administrativo en cuanto a la materia de marcas y signos distintivos y competencia desleal. En el capítulo IV, Sección I, hace referencia a los procedimientos civiles y las indemnizaciones en cuanto a los daños y perjuicios sufridos por los titulares de las marcas³⁵⁵.

A nivel jurisprudencial, La Sala Constitucional de Costa Rica ha emitido votos de interés en cuanto al análisis de los artículos de la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos con relación a tratados internacionales, como lo es el voto 09511-1999, en el cual se refiere a una Acción de Inconstitucionalidad en virtud de una cancelación de registro de una marca por parte del Registro Nacional.

La Ley de Marcas entendida aisladamente puede llevar a la conclusión que intenta la actora. Sin embargo, se ubica ese cuerpo normativo en el marco de otras disposiciones de igual y superior rango que versan sobre la misma materia, como son los artículos 6 bis del Convenio de París sobre Propiedad Intelectual; 10, 49 y 56 del Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial; 52 de la propia Ley de Marcas y 17 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor; normas en las cuales se protege la concurrencia leal entre los comerciantes, concepto que expresamente incluye las marcas y el nombre comercial. Esto desmiente que la tesis jurisprudencial omita sustentarse

³⁵² Poder Ejecutivo de Costa Rica, *Ley de Marcas y otros Signos Distintivos* (San José, Costa Rica, 01 de febrero del 2000), consultado el 25 de abril del 2020, http://www.registronacional.go.cr/propiedad_industrial/documentos/pi_normativa/leyes/Ley%20de%20Marcas%20y%20Otros%20Signos%20Distintivos.pdf

³⁵³ Poder Ejecutivo de Costa Rica, *Ley de Marcas y otros Signos Distintivos* (San José, Costa Rica, 01 de febrero del 2000), 2, consultado el 25 de abril del 2020, http://www.registronacional.go.cr/propiedad_industrial/documentos/pi_normativa/leyes/Ley%20de%20Marcas%20y%20Otros%20Signos%20Distintivos.pdf

³⁵⁴ Se encuentra regulado en el artículo 20 de la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos, se establece que el plazo en el cual vencerá una marca es de 10 años, la misma se puede renovar y se faculta a los adquirientes de una marca para modificarla.

³⁵⁵ Poder Ejecutivo de Costa Rica, *Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual Costa Rica* (San José, Costa Rica, 27 de octubre del 2000), consultado el 25 de abril del 2020, http://www.sice.oas.org/int_prop/nat_leg/Costa/18039.asp

*legalmente, a lo que debe añadirse que más bien protege uno de los principios esenciales del Derecho como es el de buena fe.*³⁵⁶

Otro voto importante es el 09133-2001, en el cual se establece una acción de Inconstitucionalidad referente a la protección de las marcas notoriamente conocidas en el comercio internacional a pesar que las mismas no lo sean en Costa Rica, se estableció por parte de la Sala Constitucional lo siguiente;

*La "marca notoriamente conocida", como signo o combinación de signos famosos en el comercio internacional, contenida en el artículo 2 párrafo 9 de la "Ley de Marcas y otros Signos Distintivos" no infringe lo dispuesto en los artículos 45, 46 y 50 de la Constitución Política. La protección que se otorga a las marcas notoriamente conocidas o marcas de renombre, obedece a la intención de tutelar la buena fe en las relaciones mercantiles internacionales, especialmente frente a una competencia ilícita o desleal. El legislador tiene plena competencia en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales para regular lo concerniente al amparo de los derechos de la propiedad intelectual, derechos que según se indicó son de rango constitucional. La norma impugnada tampoco es contraria a los Convenios Internacionales utilizados como parámetro por el accionante, dado que en estos se persigue también la protección internacional de las marcas notorias como un esfuerzo de cooperación entre los países ante el desarrollo del comercio internacional.*³⁵⁷

4.- Estudio comparado del Derecho Marcario

Una vez que se logró verificar que los países que fueron seleccionados para esta investigación sí cuentan con legislación que regula el Derecho de Marcas a nivel interno, es importante adentrarse también en cuanto a los tratados internacionales que ellos han suscrito y así lograr extraer una similitud o diferencias entre estos países centroamericanos.

A modo de resumen se debe tomar en cuenta que existe una Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Su misión se basa en que: “ Promueve la innovación y la creatividad al servicio del desarrollo económico, social y cultural de todos los países, por medio de un sistema internacional de propiedad intelectual equilibrado y eficaz”.³⁵⁸

Actualmente, la OMPI cuenta con 193 Estados miembros dentro de los cuales se encuentran Honduras, Guatemala, El Salvador y Costa Rica. El Convenio que establece la OMPI fue firmado en Estocolmo el 14 de Julio del 1967 y enmendado el 28 de septiembre de 1979, en su artículo 5 establece que pueden ser miembros de la OMPI todo Estado que sea miembro de cualquiera de las Uniones, y se definen como Uniones en el artículo 2 inciso VII, “ « Uniones », la Unión de París, las Uniones particulares y los Arreglos particulares establecidos en relación con esa Unión, la Unión de Berna, así como cualquier otro acuerdo internacional destinado a

³⁵⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Costa Rica, *Acción de Inconstitucionalidad: Voto 09511-1999* (San José, Costa Rica, 01 de diciembre 1991).

³⁵⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Costa Rica, *Acción de Inconstitucionalidad: Voto 09133-2001* (Costa Rica, 12 de setiembre del 2001).

³⁵⁸ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, consultado el 26 de abril del 2020. <https://www.wipo.int/portal/es/>

fomentar la protección de la propiedad intelectual y de cuya administración se encargue la Organización en virtud del Artículo 4(iii)”³⁵⁹

Es así como una similitud que poseen estos países es que son parte de la OMPI, considero importante resaltar en cuáles de las “Uniones” es que forman parte estos estados.

En el caso de Honduras se adhirió a la OMPI en 1983, y actualmente están adscritos y son miembros de los siguientes tratados: el Convenio de Berna, Convenio de Roma, Convenio de Bruselas, Convenio de la OMPI, Convenio de París, Tratado Sobre el Derecho de Marcas, estos convenios son los mas relevantes en tema de Derecho Marcario, sin embargo, Honduras ha ratificado al menos 57 tratados en temas relacionados a Propiedad Intelectual administrados por la OMPI, regionales, multilaterales, bilaterales, regionales de integración económica³⁶⁰, Guatemala cuenta con alrededor de 60 tratados y convenios internacionales en el tema de Propiedad Intelectual.

El Salvador fue el primer país en adherirse a la OMPI en 1979, Costa Rica se adhirió en 1983. El Salvador y Costa Rica comparten los mismos tratados que Guatemala y Honduras³⁶¹. Sin embargo, Costa Rica es el único país que se encuentra dentro del Arreglo de Lisboa, el cual contempla la protección de las denominaciones de origen, este país se unió el 30 de Julio de 1997.

Guatemala a diferencia de Honduras, Costa Rica y El Salvador, ha aceptado el convenio de Arreglo de Madrid en lo relativo al registro de marcas y fue ratificado el 30 de diciembre del año 1929³⁶², este sistema tiene como uno de sus objetivos primordiales proteger una marca en un gran número de países mediante la obtención de un registro internacional, englobando los países contratantes de este convenio³⁶³. Actualmente este sistema cuenta con aproximadamente 122 estados miembros, lo cual poseen una gran garantía ya que una vez que registren su marca en uno de estos estados la misma estará protegida en los estados restantes.

Es necesario recalcar que de los cuatro países estudiados, únicamente en Costa Rica su Constitución Política en el Título IV referente a Derechos y Garantías Individuales,

³⁵⁹ *Ibíd.*

³⁶⁰ *Ibíd.*

³⁶¹ Estos tratados los mantienen vigentes los cuatro países estudiados: Convención de Convenio de Berna, Convenio de Roma, Convenio de Bruselas, Convenio de la OMPI, Convenio de París, Tratado Sobre el Derecho de Marcas.

³⁶² Servio Estuardo Rosas Solis, “El Derecho de Propiedad Industrial y el Pensum de estudios de la carrera de ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de San Carlos” (Tesis de Licenciatura, Universidad de San Carlos Guatemala, 2006), 17.

³⁶³ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, consultado el 26 de abril del 2020. https://www.wipo.int/treaties/es/registration/madrid/summary_madrid_marks.html

específicamente en el artículo 47 establece “Todo autor, inventor, productor o comerciante gozará temporalmente de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre comercial, con arreglo a la ley”³⁶⁴

Se debe de reconocer el gran esfuerzo que realizan estos países por brindar una protección a la Propiedad Industrial y específicamente al tema del Derecho Marcario, esta importancia se debe a que los países ven en estos procedimientos formas de inyectar capital a sus territorios por medio de empresas extranjeras con marcas reconocidas a nivel mundial e impulsar la industria interna, una muestra de esto es el Manual de Organización y Examen de Solicitudes de Patentes de Invención.

Este Manual nace con el propósito de crear una cultura en la gestión y uso de patentes entre los países participantes, a saber: Honduras, Guatemala, Costa Rica, Panamá, Guatemala, Nicaragua y República Dominicana. Uno de los fines primordiales de este Manual, tomando en consideración que estas legislaciones cuentan con leyes diferentes, es fomentar una mayor organización en sus métodos de trabajo y unificar mecanismos que brinden mayor seguridad de la gestión administrativa³⁶⁵.

Las cuatro legislaciones analizadas crean entes gubernamentales especializados en temas de propiedad Intelectual, con leyes vigentes y convenios internacionales que facilitan a las personas para realizar los tramites administrativamente. Los requisitos fácilmente se encuentran en las plataformas virtuales que poseen estos entes, así como normativas, leyes y acuerdos vigentes.

Existe normativa supranacional que los países han suscrito con la finalidad de lograr la integración económica esto hace ver una similitud de los esfuerzos que se han realizado por parte de los países de la región como son: El Protocolo de Tegucigalpa 1991, El Protocolo al Convenio Centroamericano para la protección de la Propiedad Industrial 1999, El Protocolo de Guatemala y su enmienda 2002 y el Convenio Marco para el establecimiento de una Unión Aduanera Centroamericana 2007.

El Convenio de París que es uno de los convenios suscrito por los estados centroamericanos, se establece un artículo importante, un paso destacado en cuanto a la unificación del derecho marcario centroamericano, el artículo 4 establece; el Derecho de Prioridad, el cual significa, que se otorga un plazo de 6 meses a partir de la fecha de la primera solicitud de marca en alguno de los países miembros de la Unión París, para que se presente esta misma solicitud en alguno de los demás países respetando la fecha de la primera solicitud. Este

³⁶⁴ Gustavo Rivera Sibaja, *Constitución Política República de Costa Rica* (San José, Costa Rica: Editec Editores, 2013), 20.

³⁶⁵ Registro Nacional República de Costa Rica, consultado el 25 de abril del 2020, http://www.registronacional.go.cr/propiedad_industrial/propiedad_industrial_historia.htm

es un hecho que debe de respetarse dentro de los países miembros y entre ellos los centroamericanos³⁶⁶.

Sin embargo, no ha sido suficiente este esfuerzo ya que una principal diferencia entre estos países centroamericanos son los requisitos para registrar una marca en cada uno de ellos. Como se menciono anteriormente pese a su fácil acceso son diferentes en cada legislación, sucede lo mismo con los plazos que dispone la parte interesada para poder registrar su marca. Esta diferencia tan acentuada ha provocado que se rechace el registro de marcas en un país y se apruebe en otros países, por lo que si una parte desea registrar su marca en alguno de los países que se analizan en esta investigación, debe de hacer cuatro procesos distintos.

Actualmente se encuentra vigente el Acuerdo de Asociación entre Centroamérica y la Unión Europea, este acuerdo consta de tres pilares el diálogo político, comercial y el pilar de cooperación³⁶⁷. El pilar comercial ya se encuentra ratificado por todos los países miembros y establece dentro del capítulo segundo, sección B lo referente al derecho de marcas “Se establece el compromiso de realizar los esfuerzos razonables por ratificar o acceder al Protocolo del Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas y cumplir con el Tratado sobre el Derecho de las Marcas”³⁶⁸.

Otro de los ejemplos de Convenios Centroamericanos que demuestra la necesidad de lograr una unificación y/o integración Centroamericana es el Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centroamericana (Protocolo de Guatemala)³⁶⁹. En este acuerdo, se establecieron avances importantes en cuanto a la integración centroamericana a nivel del sector económico de cada uno de los países, incluyendo la propiedad intelectual dentro del mismo. En el artículo 30 se establece: “Asimismo, armonizarán sus leyes sobre propiedad intelectual e industrial y los registros para que tengan validez en todos los países del área, efectuados en cualquiera de ellos, de sociedades y demás personas jurídicas, registros sanitarios y la autenticidad de actos y contratos”³⁷⁰.

³⁶⁶ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial*, (Francia, 20 de marzo de 1883), consultado el 23 de mayo del 2020, <https://www.wipo.int/treaties/es/ip/paris/>

³⁶⁷ Es importante indicar que a la fecha de esta investigación esta pendiente que se ratifique el acuerdo en uno de sus pilares, el pilar de diálogo político. Además, este acuerdo se compromete a unificar fuerzas para lograr una integración en el derecho marcario, pero no ha conseguido grandes avances en el tema.

³⁶⁸ Sistema de Información sobre Comercio Exterior, *Acuerdo de Asociación entre Centroamérica y la Unión Europea* (1 de marzo de 1999), consultado el 23 de mayo del 2020, http://www.sice.oas.org/tpd/cacm_eu/cacm_eu_s.asp

³⁶⁹ Este acuerdo se dio en la XIV Cumbre Centroamericana, Guatemala, octubre 1993. Donde su principal objetivo era lograr la ampliación de sus mercados locales, implementando una integración Centroamericana aprovechando los recursos de cada uno de los países en los temas de economía con el propósito de incrementar los mercados económicos de la región. Son relevantes los aportes que ofrece este protocolo y demuestra las grandes oportunidades que se darán en el caso de la integración centroamericana, sin embargo, muchos de las propuestas no se han ejecutado.

³⁷⁰ Sistema de Integración Centroamericana, *Tratado General de Integración Económica Centroamericana* (13 de diciembre, 1960), 30, consultado el 2 de agosto de 2020, https://www.sica.int/documentos/tratado-general-de-integracion-economica-centroamericano_1_449.html

Este Protocolo de Guatemala dentro de sus títulos incluye la integración Monetaria y Financiera, el perfeccionamiento de las políticas sectoriales, mecanismo ágiles de protección al derecho del consumidor mediante reglamentos. Aspectos que son relevantes en cuanto al derecho marcario y que vendrían de ser de gran utilidad, estos puntos son comparables con el Convenio de Madrid y como se regula el derecho marcario en la Unión Europea.

También los países centroamericanos han logrado establecer Tratados de Libre Comercio con estados como la Unión Europea, México, Estados Unidos, Panamá, Chile, República Dominicana, sin embargo, entre los países centroamericanos lo que ha logrado establecer son Acuerdos de Asociación que se encuentran vigentes, pero que no tiene los beneficios y obligaciones que posee un Tratado de Libre Comercio entre estos países vecinos - cosa que si se diera- ayudaría de sobre manera el Derecho Marcario.

Es necesario enfatizar en el Tratado Libre Comercio entre República Dominicana-Centroamérica- Estados Unidos (CAFTA-DR)³⁷¹, este Tratado Libre Comercio trajo consigo la modernización en materia de propiedad intelectual ya que se obligaba a los países que suscribían este tratado, ratificarán o accedieran al Tratado sobre Derecho de Marcas (1994)³⁷². También establece la necesidad de realizar los esfuerzos necesarios por parte de los países contratantes en ratificar o acceder al Protocolo al Arreglo de Madrid sobre el Registro Internacional de Marcas (al que únicamente pertenece Guatemala actualmente), regula en su artículo 15.2 lo referente al tema de marcas y las obligaciones que cada uno de los países miembros de este tratado debe procurar cumplir³⁷³.

5.- Necesidad de una marca comunitaria desde el análisis comparado de la Unión Europea

Si bien es cierto, los países han hecho un gran esfuerzo en generar leyes, reglamentos y adherirse a convenios e instituciones internacionales, con la finalidad de proteger el Derecho de Marcas y, sobre todo, se busca una facilidad para los usuarios que necesiten registrar una marca, no se ha llevado a cabo una unión de estos países centroamericanos para lograr unificar sus leyes y brindar protección de las marcas entre sus propios países vecinos.

Como se indicó anteriormente, han tenido iniciativas para suscribir convenios entre los mismos; sin embargo, pese a este impulso que tuvieron los gobiernos de los países de la región, el Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial, dentro de la cual se incluían marcas, nombres comerciales y expresiones o señales de propaganda, se derogó a partir del 01 de enero del año 2000, plazo que tenían los países miembros para adecuar las legislaciones nacionales a los compromisos internacionales.

³⁷¹ Ministerio de Comercio de Costa Rica, *Tratado Libre Comercio entre República Dominicana-Centroamérica- Estados Unidos, CAFTA-DR* (5 de agosto de 2004), consultado 23 de mayo 2020, <http://www.comex.go.cr/tratados/cafta-dr/>. Este Tratado entro en vigencia el 01 de enero del 2009, donde se regulan las relaciones comerciales y de inversión en Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos.

³⁷² El objetivo de este tratado es unificar y agilizar los procedimientos nacionales y regionales de registro de marcas, esto con el fin de simplificar el registro de las marcas en los países centroamericanos. Además, establece que bastará con poseer un único poder para el registro de marcas.

³⁷³ Las Partes afirman sus derechos y obligaciones existentes bajo el Acuerdo ADPIC y acuerdos sobre propiedad intelectual concluidos o administrados bajo los auspicios de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) de los cuales forman parte.

Este impulso se vio reforzado por el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), sin embargo, no se lograron grandes resultados. Existe el Manual que indique anteriormente pero no es un texto obligatorio para los países que lo crearon, es un texto facultativo-consultivo y se enfoca en los tramites administrativos dejando de lado el unificar las leyes de los países parte.

Por lo cual, se torna importante tomar como un parámetro relevante los procesos en cuanto al tema de la Propiedad Intelectual que utiliza La Unión Europea (EU). Esta cuenta con la oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (UEIPO), que es la entidad que se encarga de gestionar las marcas de toda la UE, también brindan colaboración con la oficina de Propiedad Intelectual a favor de los miembros de la UE así como también con los miembros internacionales.

La EUIPO nació bajo el nombre de Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI) su objetivo fundamental era establecer un nuevo derecho de propiedad unitario en toda la UE, actualmente llamada la marca de la UE (MUE).³⁷⁴ Sin embargo, el 23 de marzo del 2016 cambia de nombre como la EUIPO.

Esta oficina ha establecido un marco normativo para toda la UE con el fin de ejecutar una facilidad para los adquirientes de marcas, además brindan un alto soporte en el tema de Propiedad Intelectual y Derecho de Marcas tanto dentro como fuera de UE. Esta cooperación bilateral, multilateral y regional logra reforzar los sistemas de Propiedad Intelectual a nivel mundial.

Una de las ventajas de este sistema es que ha creado estándares robustos e interconectados en el ámbito internacional, facilitando a las empresas de la UE hacer negocios tanto a nivel interno como interno. Tal es la magnitud y funcionalidad de esta oficina que según un estudio realizado por la Cámara de Comercio de la Ciudad de Alicante³⁷⁵ ha tenido un impacto económico de más de 6000 millones de Euros en la región y en la provincia.

Se denota que esta oficina tiene grandes aspiraciones y es admirable cómo se van transformando con el pasar del tiempo, tienen claro que el Derecho Marcario es de suma importancia para una sociedad, tanto es así que se creó un nuevo Reglamento de marca de la Unión Europea para trabajar en conjunto con un Plan Estratégico 2020, con el fin de promover la importancia de la Propiedad Intelectual a nivel mundial.

El Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo establece la necesidad del desarrollo y la expansión continua del mercado de la región de EU, en relación a las marcas, por lo que las marcas registradas bajo la EUIPO tendrán dentro de sus beneficios los siguientes:

³⁷⁴ Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, consultado el 26 de abril del 2020, <https://euipo.europa.eu/ohimportal/es/our-history>

³⁷⁵ A comienzos de la UEIPO se nombro a España país de acogida de la sede física, propiamente en Alicante donde esta sede a sufrido varias modificaciones a lo largo de los 25 años que tiene la EUIPO de funcionar, sin embargo, aún se mantiene esta sede en Alicante y se reconoce el esfuerzo de esta oficina que ahora en la actualidad es un campus realmente sostenible.

*No solo la eliminación de los obstáculos a la libre circulación de mercancías y a la libre prestación de servicios, así como el establecimiento de un régimen que garantice que no se falsee la competencia, sino también la creación de condiciones jurídicas que permitan a las empresas adaptar de entrada sus actividades de fabricación y de distribución de bienes o de prestación de servicios a las dimensiones de la Unión. Entre los instrumentos jurídicos de que deberían disponer las empresas para estos fines, son particularmente apropiadas las marcas que les permitan identificar sus productos o sus servicios de manera idéntica en toda la Unión, sin consideración de fronteras.*³⁷⁶

Por lo cual, una vez que se inscriba una marca dentro del régimen de la UE, se velará bajo el principio de unicidad, por lo que contarán con un procedimiento único, protección uniforme y se producirán estos efectos en todo el territorio de la Unión. Se ha demostrado que con base en estos accesos se ha construido un sistema provechoso para las marcas, produciendo sus principales efectos en el mercado económico. En la EUIPO se registran casi 135.000 marcas al año que tienen validez en todos los estados miembros de la UE³⁷⁷.

Una vez analizado el sistema del Derecho Marcario en la Unión Europea se ve la necesidad de que, a nivel centroamericano, se cuente con un registro de marcas tomando como ejemplo el buen manejo que le ha dado la UE, esto traería grandes avances para la economía a nivel centroamericano y facilitaría mucho más el flujo de capital extranjero a estos países. Estudios que ha realizado la UEIPO establecen que el 38% del empleo total de la UE puede atribuirse directa o indirectamente a los sectores de la Propiedad Intelectual³⁷⁸, por lo tanto, en países centroamericanos, vendría a contribuir de gran manera en la disminución del desempleo y ayudaría notablemente en los arduos trabajos que se realizan contra la pobreza.

6.- Conclusiones

³⁷⁶ Web Oficial de la Unión Europea, “Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo”, Sitio Web de la Unión Europea, consultado el 26 de abril del 2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32017R1001>

³⁷⁷ Como un dato importante es necesario indicar que el Reino Unido salió de la Unión Europea el 31 de enero del 2020, producto del Brexit, por el momento el Reino Unido sigue siendo miembro de pleno derecho de la Unión Europea, sin embargo, es incierto el futuro que puedan llegar a tener en cuanto a las marcas que ya fueron registradas dentro de la Unión Europea y como va hacer el procedimiento una vez quede el Reino Unido fuera de la Unión Europea definitivamente.

³⁷⁸ Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, consultado el 26 de abril del 2020, <https://euipo.europa.eu/ohimportal/es/european-cooperation>

La normativa y jurisprudencia analizada, respecto a los países miembros del SICA, denota un avance jurídico significativo que han realizado estos países en la creación de instituciones especializadas en el tema de Propiedad Intelectual y el Derecho de Marcas. Pese a las diferencias, dicho avance puede constituir una gran ventaja para poder realizar el Registro Marcario Centroamericano, al tener la información contenida en estos lugares se extraerán mucho mejor las fortalezas y debilidades de cada uno de los sistemas nacionales.

Existen gran cantidad de Convenios Internacionales que han suscrito los países centroamericanos donde detallan reglas y estándares para lograr la unificación del Derecho Marcario. Sin embargo, se extrae del análisis de estos Convenios que no existe una disposición real de los países involucrados en ejecutar los mismos en la práctica, por lo que todo se queda en el papel.

Es necesario contar con un registro de marcas a nivel centroamericano. Se establece como una propuesta unificar por vía reglamento comunitario el tema relacionado a derecho marcario, tomando como base el sistema que utiliza la Unión Europea, donde se centralice en alguna institución el trámite administrativo para el registro de marcas con sede en cada uno de los Estados centroamericanos y que este registro le brinde una protección a la marca en todos los países de Centroamérica.

De realizarse el Registro Marcario Centroamericano las partes interesadas obtendrían muchos beneficios, dentro de los cuales se podría mencionar: Que los procedimientos administrativos sean homogéneos e iguales en cualquiera de los países parte, periodos de validez de la marca y renovación de la misma uniformes, gastos de aranceles unificados y evitar pagos en cada uno de los países, protección en cada uno de los estados que conformarían este Reglamento Centroamericano.

BIBLIOGRAFÍA

Asamblea Legislativa de Costa Rica. *Ley no. 4543: Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial*. San José, Costa Rica, 1 de junio de 1968. Consultado el 8 de agosto de 2020. <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/cr/cr050es.pdf>

Cámara Civil, Corte Suprema de Justicia Guatemala. *Recurso de Casación: Voto 103-2018*. Guatemala, 03 de octubre 2018.

Cámara Civil, Corte Suprema de Justicia Guatemala. *Recurso de Casación: Voto 659-2017*. Guatemala, 30 abril 2018.

Centro Nacional de Registros El Salvador. Consultado el 25 de abril del 2020. <https://www.cnr.gob.sv/historia-de-la-creacion-del-cnr/>

- Dirección General de Propiedad Intelectual De honduras. Consultado el 23 de abril del 2020. <https://digepih.webs.com>
- Hondudiario. “Importancia de la propiedad intelectual”. Periódico Digital de Honduras, (2019). Consultado el 23 de abril del 2020. <https://hondudiario.com/2019/10/27/importancia-de-la-propiedad-intelectual-honduras-registra-mas-de-6-mil-marcas-en-el-ano/>.
- Ministerio de Comercio de Costa Rica. *Tratado Libre Comercio entre República Dominicana-Centroamerica- Estados Unidos, CAFTA-DR*. 5 de agosto de 2004. Consultado 23 de mayo 2020. <http://www.comex.go.cr/tratados/cafta-dr/>.
- Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea. Consultado el 26 de abril del 2020. <https://euipo.europa.eu/ohimportal/es/our-history>
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial. Francia, 20 de marzo de 1883. Consultado el 23 de mayo del 2020. <https://www.wipo.int/treaties/es/ip/paris/>
- Poder Ejecutivo de Costa Rica. *Ley de Marcas y otros Signos Distintivos*. San José, Costa Rica, 01 de febrero del 2000. Consultado el 25 de abril del 2020. http://www.registronacional.go.cr/propiedad_industrial/documentos/pi_normativa/leyes/Ley%20de%20Marcas%20y%20Otros%20Signos%20Distintivos.pdf
- Poder Ejecutivo de Costa Rica. *Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual Costa Rica*. San José, Costa Rica, 27 de octubre del 2000). Consultado el 25 de abril del 2020. http://www.sice.oas.org/int_prop/nat_leg/Costa/18039.asp
- Poder Ejecutivo de El Salvador. *Ley de Marcas y otros Signos Distintivos*. El Salvador, 06 de junio, 2002. Consultado el 25 de abril del 2020. <https://tramites.gob.sv/procedure/910/556?l=es>
- Poder Ejecutivo de El Salvador. *Ley de Propiedad Intelectual*. El Salvador, 15 de julio 1993. Consultado el 25 de abril del 2020. <https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/E1DD5109-FA02-4C6A-A172-877422621863.pdf>
- Poder Ejecutivo de Guatemala. *Ley de Propiedad Industrial, Decreto 57-2000*. Guatemala, 31 de agosto del 2000. Consultado el 24 de abril del 2020. https://rpi.gob.gt/PortalRPI/sites/default/files/ley_pripiedad_industrial.pdf
- Poder Ejecutivo de Guatemala. *Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Guatemala, Decreto del 19 de mayo 1998. Consultado el 24 de abril del 2020. <https://irp-cdn.multiscreensite.com/5c5e0c09/files/uploaded/Ley-de-Derecho-de-Autor-y-Derechos-Conexos-Decreto-33-98-y-sus-reformas----56-200.pdf>
- Poder Ejecutivo de Honduras. *Ley del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos, Decreto 4-99-E*. Tegucigalpa, 13 diciembre de 1999. Consultado 23 de abril del 2020. <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/hn/hn015es.pdf>

- Poder Ejecutivo de Honduras. *Ley de Propiedad Industrial, Decreto 12-99-E*. Tegucigalpa, 30 diciembre de 1999. Consultado 23 de abril del 2020. <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/hn/hn002es.pdf>
- Registro Nacional República de Costa Rica. Consultado el 25 de abril del 2020. http://www.registronacional.go.cr/propiedad_industrial/propiedad_industrial_historia.htm
- Registro de la Propiedad Intelectual Guatemala, “IV Informe Presidencial 2015 Registro de la Propiedad Intelectual Ministerio de Economía, 2015”, Consultado el 24 de abril del 2020. <https://rpi.gob.gt/PortalRPI/sites/default/files/informedelabores2015.pdf>
- Rivera Sibaja, Gustavo. *Constitución Política República de Costa Rica*. San José, Costa Rica: Editec Editores, 2013.
- Rodríguez Araya, Marilú. *Guía Practica para Elaborar Proyecto de Tesis*. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, 2019. Consultado el 8 de agosto de 2020. https://derecho.ucr.ac.cr/sites/default/files/documents/investigacion/GUIA_PRACTICA_ELABORACION_PROYECTO_TESIS.pdf
- Rosas Solís, Servio Estuardo. “El Derecho de Propiedad Industrial y el Pensum de estudios de la carrera de ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de San Carlos”. Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de San Carlos Guatemala, 2007.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Costa Rica. *Acción de Inconstitucionalidad: Voto 09511-1999*. San José, Costa Rica, 01 de diciembre 1991.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Costa Rica. *Acción de Inconstitucionalidad: Voto 09133-2001*. Costa Rica, 12 de setiembre del 2001.
- Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia El Salvador. *Recurso de Amparo: Voto 403-2009*. El Salvador, 05 de noviembre del 2010”.
- Sala de lo Penal Corte Suprema de Justicia. *Recurso de Casación: Voto CP-306-14*. San José, Costa Rica, 2 de noviembre 2016.
- Sala Laboral-Contenciosa Corte Suprema de Justicia, “Recurso de Casación: Voto 559-03, 22 de octubre 2003”.
- Sierra Bravo, Restituto. *Tesis doctorales y trabajos de Investigación Científica*. Madrid, España: Editorial Thomson Editores Spain Paraninfo S.A, 2007.
- Sistema de Información sobre Comercio Exterior. *Acuerdo de Asociación entre Centroamérica y la Unión Europea*. 1 de marzo de 1999. Consultado el 23 de mayo del 2020. http://www.sice.oas.org/tpd/cacm_eu/cacm_eu_s.asp
- Sistema de Integración Centroamericana. *Tratado General de Integración Económica Centroamericana*. 13 de diciembre, 1960. Consultado el 2 de agosto de 2020. https://www.sica.int/documentos/tratado-general-de-integracion-economica-centroamericano_1_449.html

Web Oficial de la Unión Europea. “Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo”.
Sitio Web de la Unión Europea. Consultado el 26 de abril del 2020. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32017R1001>

Propiedad Intelectual, signos distintivos y mercados agrícolas de calidad.

*Guadalupe Ortiz Mora*³⁷⁹

SUMARIO: 1.- Generalidades. 2.- Naturaleza Jurídica de la Propiedad Intelectual: 2.1.- La propiedad intelectual como bien inmaterial; 2.2.- Temporalidad de la propiedad intelectual; 2.3.- Diferencia entre propiedad intelectual y propiedad industrial; 2.4.- Derecho Individual; 2.5.- Derecho supraindividual. 3.- Propiedad Intelectual como signo de calidad: 3.1.- Indicaciones geográficas y denominaciones de origen; 3.2.- Marca Colectiva y Marca de Certificación; 3.2.1.- Marca colectiva; 3.2.2.- Marca de certificación. 4.- Conclusiones. Bibliografía.

1.- Generalidades

El desarrollo socio económico y ambiental que ha tenido el país en los últimos años, ha influido para que se proteja constitucionalmente, el derecho que tiene toda persona a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.³⁸⁰ Bajo ese parámetro las diferentes instituciones deben de contribuir en el cumplimiento de ese precepto legal. El Registro Nacional, órgano rector de la publicidad de la propiedad tangible e intangible, que resguarda los derechos de propiedad de las personas conforme lo establecen los artículos 45 y 47 constitucionales, así como el Tribunal Registral Administrativo como órgano de control y fiscalización de la resoluciones que emiten los Registros que conforman el Registro Nacional, contribuye en brindar a la sociedad el cumplimiento formal de esa normativa.

En ese tanto, el Registro a través de la publicidad contribuye a señalar específicamente, bienes jurídicos que están dentro del comercio de los hombres y que constituyen un derecho subjetivo a favor de las personas que aparecen con esa titularidad.

³⁷⁹ Doctora en Derecho de la Universidad de Costa Rica, Jueza Tribunal Registral Administrativo.

³⁸⁰ Asamblea Legislativa, Constitución Política de la República de Costa Rica. Anotada por Odilón Méndez Ramírez (San José, Costa Rica, Editorial Juritexto, 2009). En su Artículo 50 dispone: “El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. (...)”

Respecto a la propiedad intelectual como objeto intangible de registraci3n, el art3culo 47 de la Constituci3n Pol3tica dispone: *“Todo autor, inventor, productor o comerciante gozar3 temporalmente de la propiedad exclusiva de su obra, invenci3n, marca o nombre comercial, con arreglo a la ley.”*

De esta forma surge en el mundo jur3dico y a nivel constitucional, un tipo de propiedad que proviene del conocimiento humano y que las diferentes sociedades pol3ticas, han decidido asignarle derechos de propiedad espec3ficos.

*“Estos derechos tienen cierta similitud con los derechos de propiedad sobre posesiones materiales o tierras, incluso ese conocimiento, representa mucho m3s que propiedad intelectual. El conocimiento se expresa a trav3s de las personas, las instituciones y las nuevas tecnolog3as y adopta formas que desde hace mucho tiempo han sido consideradas un motor esencial del crecimiento econ3mico.”*³⁸¹

La propiedad intangible no est3 expuesta materialmente, pero fluye como parte del conocimiento de las personas. En la actualidad es visualizada como instrumento de desarrollo econ3mico. Pa3ses desarrollados como la Uni3n Europea y los Estados Unidos de Am3rica cuentan con un sistema de protecci3n a la propiedad Intelectual de vieja data. El nacimiento de la propiedad intelectual siempre ha estado vinculada al aspecto econ3mico, concretamente la relaci3n comercial entre los diferentes pa3ses del mundo. Incluso los convenios internacionales que regulan esta materia, fijan est3ndares m3nimos de protecci3n de acatamiento obligatorio para los Estados suscriptores.

En los 3ltimos 20 a3os, la extensi3n territorial y el papel de la protecci3n de derechos de Propiedad Intelectual, se han incrementado a un ritmo sin precedentes. Aparte de los Estados Unidos y los pa3ses europeos, Am3rica Latina se ha venido destacando en este contexto.

Los pa3ses centroamericanos y Rep3blica Dominicana, se han preocupado por tener dentro de su legislaci3n, no solo la normativa correspondiente conforme a los convenios que se han suscrito, sino tambi3n manuales de procedimientos tanto de patentes como de marcas para uso en la regi3n. Estos dos instrumentos comunitarios de uso para las oficinas de patentes y marcas de estos pa3ses, no solo facilita el procedimiento, sino tambi3n dan seguridad jur3dica en la inscripci3n de los derechos de propiedad industrial a nivel de la regi3n.

Algunos ejemplos de este incremento de la Propiedad Industrial a nivel mundial, se pueden citar:

- *“La expedici3n de patentes sobre seres vivos y materiales que aparecen en la naturaleza, a diferencia de sobre productos y procesos fabricados por seres*

³⁸¹ Carlos Mar3a Correa (Dir.), Temas de Derecho Industrial y de la Competencia. Propiedad Intelectual y Pol3ticas de Desarrollo (Argentina, Editorial de Ciencia y Cultura. Ciudad Argentina, 2005), 55.

humanos (que parecen más reconocibles como invenciones para quienes no son expertos);

- *La modificación de los sistemas de protección para que incluyan nuevas tecnologías (en particular, la biotecnología y la tecnología de la información), como por ejemplo la Directiva sobre Biotecnología de la UE o la Ley de Derechos de Autor para el Milenio Digital (DMCA) en Estados Unidos;*
- *La ampliación de la protección a nuevos campos como el software y los métodos empresariales, así como la adopción en algunos países de nuevos sistemas sui generis para los semiconductores y las bases de datos;*
- *Un nuevo énfasis en la protección de los nuevos conocimientos y las tecnologías que se producen en el sector público;*
- *Hincapié en la relación existente entre la protección de la PI y los conocimientos tradicionales, el folclore y los recursos genéticos;*
- *La ampliación geográfica de estándares mínimos de protección de la PI mediante el acuerdo ADPIC” (Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio), “y de estándares más estrictos a través de acuerdos de comercio y de inversión, tanto bilaterales como regionales;*
- *La ampliación del ámbito de los derechos exclusivos, la prolongación del plazo de protección y el fortalecimiento de los mecanismos que obligan al cumplimiento de los derechos de PI.³⁸²*

Costa Rica en aras de otorgar esa protección que según se indicó deviene de la propia Constitución Política, adoptó una serie de instrumentos nacionales e internacionales y mecanismos de observancia, que han contribuido a desarrollar un sistema de protección equilibrado de la propiedad intangible, que se adapte a la realidad social y económica del país.

En esta política ha influido considerablemente el Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), Anexo 1C del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC).

La OMC, constituyó el marco institucional común para el desarrollo de las relaciones comerciales entre los países miembros, tomando en consideración los diferentes convenios suscritos.

A través de estos convenios, *“los Estados consideraron la necesidad de elevar el nivel de vida de sus ciudadanos a través de acrecentar su productividad y el comercio de bienes y servicios, permitiendo al mismo tiempo la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible, procurando preservar el medio ambiente, e incrementar los medios para hacerlo, de manera*

³⁸² Carlos María Correa, op.cit., 35.

compatible con las necesidades e intereses y conforme al nivel de desarrollo económico de cada país.”³⁸³

El ADPIC, significó un acuerdo mediante el cual los países miembros trataron de reducir las distorsiones y obstáculos en el comercio internacional. Para ello se fomentó por medio de este convenio, la instauración en cada país de normativa que protegiera en forma eficaz y adecuada los derechos de propiedad intelectual, sin que se obstaculice el comercio.

Este instrumento internacional, en la Parte II, secciones del 1 al 7 establece específicamente el tipo de propiedad que se debe proteger a través de los mecanismos adoptados conforme a cada país. En este sentido se refiere a: Derecho de autor y derechos conexos, marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas, dibujos y modelos industriales, esquemas de trazado (topografías de los circuitos integrados) y protección de la información no divulgada.

Bajo el cuadro anterior, el Estado costarricense siguiendo dicho acuerdo suscrito y adoptado en el año 1994, consideró a partir del año 2000 la promulgación de normativa legal que protegiera y regulara la propiedad industrial, así como una serie de reformas a instrumentos jurídicos existentes, producidas en el años 2008, con la finalidad de adaptar estos instrumentos a las nuevas tendencias y cumplir de esta forma, con la obligación de observancia y protección de los derechos de la propiedad intelectual, que ya se venía desarrollando a nivel mundial con la promulgación del Convenio de París en el año 1883.

Antes del año 2000 Costa Rica había desarrollado un incipiente sistema de protección de estos derechos, bajo la regulación del Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial, concebido como un simple registro de marcas y patentes, sin visualizar la incidencia mercantil que este tipo de propiedad podría ejercer en la economía costarricense.

Tomando en consideración esa visión, “*PI+ desarrollo*”, se ha impulsado en los últimos quince años, el funcionamiento de la propiedad intelectual a través de los Registros de la Propiedad Industrial y el Registro de Derecho de Autor y Derechos Conexos, junto con diversas instituciones del Estado relacionadas con los temas de propiedad intelectual, como son: la Escuela Judicial, el Instituto Tecnológico de Costa Rica, la Universidad de Costa Rica, la Unidad de Gestión y Transferencia del Conocimiento para la Innovación (PROINNOVA), la Asociación Industria Farmacéutica Nacional (ASIFAN), el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, la Asociación de Profesionales en Propiedad Intelectual (APPICR), el INCAE Business School, la Cámara de Tecnologías de Información y Comunicación (CAMTIC), el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones, el Tribunal Registral

³⁸³ Organización Mundial de Comercio, www.wto.org/spanish/docs/s/legal_s/04-wto_s.htm

Administrativo (TRA), la Cámara de Comercio Norteamericana (AMCHAM), la Cámara de Comercio de Costa Rica, el Consejo de la Promoción de la Competitividad, la Universidad Carlos III de Madrid y el Ministerio de Justicia y Paz. Todos ellos bajo un mismo objetivo, el desarrollo, la protección y divulgar el conocimiento, a través de capacitaciones sobre la materia de propiedad intelectual.

La competencia del Registro de la Propiedad Intelectual, en su doble modalidad, Propiedad Industrial y Propiedad de Derechos de Autor y Derechos Conexos, es conocer en el caso del primero sobre: patentes de invención, modelos de utilidad, dibujos y modelos industriales, marcas y signos distintivos, denominaciones de origen e indicaciones geográficas, trazados de circuitos integrados y marcas de ganado.

Respecto del Registro de Derecho de Autor y Derechos Conexos, su competencia es la protección de las producciones intelectuales originales de su autor.

Durante décadas la propiedad intelectual y su registro fue competencia, en el caso de propiedad industrial del Ministerio de Economía y en el caso de derechos de Autor y derechos conexos del Ministerio de Cultura. De modo alguno esas materias se visualizaban como un objeto de registro dentro del Registro Nacional. Tampoco eran consideradas dentro de la visión actual que se tiene de ellas, en cuanto a que constituyen una herramienta de desarrollo económico de un país.

Tampoco los tratadistas internacionales seguidores del Derecho Registral, involucraban los derechos intangibles como propiedad objeto de registro, tal como se hacía con los bienes inmuebles. Sin embargo en la actualidad la propiedad intelectual ha adquirido relevancia en cuanto a ser un bien económico, con un valor individual de acuerdo a su inserción en el comercio. Para su transmisión le es aplicable la teoría contractual seguida en el derecho civil y comercial. Asimismo es objeto de garantía mobiliaria y para su inscripción en el Registro se siguen los principios registrales en que se fundamenta el sistema de seguridad jurídica preventiva, incluyendo algunos principios especiales propios de la materia.

La propiedad intangible al ser un bien jurídico con un valor económico, estar dentro del tráfico jurídico de bienes como bien transmisible u objeto de garantía; la existencia de una relación entre bien y su titular, con posibilidad este último de defender su propiedad, de que sea restituido de ella, de poseer y usar ese bien jurídico, todos estos atributos que también son propios de los bienes inmuebles y muebles, hacen que la propiedad intangible desde los objetos a registrar en el Registro Nacional se considere un derecho real.

2.- Naturaleza jurídica de la propiedad intelectual

Como puntos a desarrollar que involucran un concepto sobre la naturaleza de la propiedad intelectual, se considera el desarrollo de: la propiedad intelectual como bien inmaterial, temporalidad de la propiedad intelectual, diferencia entre propiedad intelectual y propiedad industrial, derecho individual y derecho supraindividual.

2.1.- La propiedad intelectual como bien inmaterial

Según se ha expuesto la propiedad intelectual no forma parte aislada del sistema jurídico, sino que su aplicación y efectos surge de su cohesión con el conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico. El Código Civil en el artículo 253 hace la diferencia entre las cosas que jurídicamente son muebles o inmuebles, corporales o incorpóreas. De esta distinción, para el Dr. Víctor Pérez Vargas citando a Biondi, Biondo, surge la clasificación de las cosas según su materialidad, en cosas materiales e inmateriales. Dentro de los bienes inmateriales que es donde se ubica a la propiedad intelectual, se encuentran “las llamadas obras de ingenio humano; toda creación intelectual en cualquier campo (literario, artístico, científico, técnico) es considerado como bien. Tales creaciones son bienes inmateriales, aun manifestándose en cosas materiales, (...).”³⁸⁴

El artículo 275 del mismo cuerpo normativo reafirma como derecho de propiedad, las producciones del talento humano. Este numeral es fiel reflejo de la protección que desde la constitución política se establece para la propiedad intelectual en el artículo 47. Sin embargo, ese precepto constitucional va más allá de la norma legal indicada y coincide con la cita del autor anterior, ya que incluye dentro de su contenido la propiedad industrial, al referirse específicamente al “inventor, productor y al comerciante”, individualizándolos del autor, como titular de los derechos patrimoniales y morales sobre sus obras literarias y artísticas.

De lo anterior, se puede indicar que una primera característica sobre la naturaleza de la propiedad intelectual, es que corresponde a bienes intangibles, inmateriales, que provienen del intelecto humano. La doctrina los diferencia de los bienes materiales. Edmond Picard, citado por Luis Eduardo Bertone y Guillermo Cabanellas de las Cuevas, indica:

(...) que todo derecho subjetivo supone un sujeto, un objeto y una relación que, uniendo el sujeto con el objeto, concreta la naturaleza y alcance de su ejercicio. Sobre estas bases, el citado autor observa que el elemento a ser tenido en cuenta para la clasificación de los derechos subjetivos es el objeto de éstos. Derechos tales como los relativos a obras intelectuales, artísticas, literarias o industriales no pueden ser encasillados, sin embargo, sobre la base de su objeto, en las clasificaciones tradicionales de los derechos subjetivos. (...) Propone este autor la creación de una nueva categoría, la de los derechos intelectuales diferente a la de los derechos reales, no solo desde el punto de vista del objeto sino también desde el ángulo de su contenido.”³⁸⁵

³⁸⁴ Víctor Pérez Vargas, Derecho Privado (Costa Rica, San José, Tercera Edición. Litografía e Imprenta Lil, 1994), 135.

³⁸⁵ Luis Eduardo Bertone y Guillermo Cabanellas de Las Cuevas, Derecho de marcas (Argentina, Editorial Heliasta, T. I, 2008) 205.

A pesar de la diferencia que hace este autor entre los derechos reales y los derechos intelectuales, no dejan estos últimos de tener esa característica de reales, en el tanto son derechos que se encuentran dentro del tráfico mercantil, sujetos a ser transferidos por los medios contractuales establecidos por la ley, ser dados en garantía y con un valor económico.

Sin embargo, es cierto lo que indica el autor citado, ya que aunque se consideren derechos reales, el objeto de un derecho intelectual difiere del derecho material que caracteriza los bienes tangibles, por cuanto provienen del intelecto humano y para que sean reconocidos legalmente y ser objeto del tráfico mercantil, deben ser materializados a través de una obra literaria o artística, una patente de invención, una marca o un nombre comercial.

2.2.- Temporalidad de la propiedad intelectual

Siguiendo el análisis de la disposición constitucional referida, ésta otorga temporalmente la propiedad exclusiva de la obra, invento, marca o nombre comercial. Aquí se encuentra una segunda diferencia entre la propiedad material y la inmaterial que caracteriza la naturaleza jurídica de los bienes intelectuales. La propiedad intelectual tiene un plazo de protección. Respecto a la material como es el caso de los bienes inmuebles, la relación de propiedad entre objeto y sujeto es perpetua. La misma Constitución Política en el artículo 45 repudia su violación, salvo que sea por interés público y previa indemnización.

La propiedad exclusiva de que goza el titular de una obra, de una invención, de una marca o de un nombre comercial, va ligado no solo a los plazos de protección que imponga la legislación de cada país, sino también contribuye a ello aspectos de uso de la marca o del nombre comercial.

El autor ejerce un derecho personalísimo, inalienable e irrenunciable y perpetuo sobre su obra artística o literaria. Ese derecho nace desde el mismo momento que materializa su idea en cualquiera de esos instrumentos. Si el autor decide registrar en un Registro Público su autoría, ese acto de inscripción de registro, viene a tener únicamente un efecto de oponibilidad hacia terceros.

La legislación costarricense, conforme lo establece el artículo 58 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, le otorga a ese derecho un plazo de protección. Al efecto indica: *“los derechos de autor son permanentes durante toda su vida. Después de su fallecimiento disfrutará de ellos por el término de setenta (70) años, quienes los hayan adquirido legítimamente. (...)”*

Lo anterior significa, que la protección registral del derecho de autor no es perpetua, se protege mientras la persona esté con vida, y aún después de su muerte durante el tiempo que indique la legislación de cada país, que en el caso de Costa Rica es de setenta años.

En cuanto a la invención que se materializa en una patente, modelo industrial, dibujo o modelo de utilidad y que también, al igual que el derecho de autor proviene del intelecto de la persona, es un derecho temporal por disposición legal. Costa Rica protege la patente de invención por el plazo de veinte años. Para el resto de las invenciones dispuso un plazo de diez años.³⁸⁶

La protección exclusiva que goza el titular de la patente de invención, viene a constituir un incentivo a su inventor que gozará de esa exclusividad, como una forma de recuperar el tiempo y el dinero invertido en la investigación. Las patentes son invenciones que tienen la virtud de ser introducidas al comercio como una herramienta de desarrollo. Entre mejor sea la capacidad que tiene la oficina de un país, para determinar si lo propuesto cumple con los requisitos de patentabilidad, como son: novedad, nivel inventivo y aplicación industrial, ello conlleva a un fortalecimiento en la economía de un país. Aprobar patentes flexibles y frágiles en su contenido inventivo, vienen a proporcionar dentro del tráfico mercantil una competencia desleal frente a aquellas que realmente cumplen con los requisitos impuestos por la ley.

Para el nombre comercial, que corresponde a un signo distintivo que identifica y distingue una empresa o establecimiento comercial, la relación entre el sujeto y el signo es de comercio. El sujeto requiere de un nombre comercial que identifique su empresa o establecimiento. Bajo este signo hay ausencia de ese carácter inventivo del que goza la patente o de esa autoría que distingue el derecho de autor en una relación personalísima con el sujeto. Sin embargo el nombre que distinga ese signo le otorga a su titular un derecho de exclusiva, que nace con su primer uso en el comercio y termina con la extinción de la empresa o establecimiento que lo usa.³⁸⁷

Bajo el concepto anterior, la existencia del nombre comercial depende del uso de ese signo en una empresa o establecimiento comercial, de tal forma, si la empresa se disuelve o el establecimiento se elimina, el nombre comercial se extingue.

Respecto a la marca, “constituye un signo o medio que permite al empresario o comerciante, identificar sus productos o servicios que desarrolle dentro del comercio, de otros iguales o similares ofrecidos por terceros en el tráfico mercantil”.³⁸⁸ Al constituirse un signo o medio ello implica que lo que el consumidor va a observar de él,

³⁸⁶ Asamblea Legislativa de Costa Rica, Ley de Patentes de Invención, Dibujos y Modelos Industriales y Modelos de Utilidad. (No. 6867 del 25 de abril de 1983). Dispone en su Artículo 17. La patente tendrá una vigencia de veinte años, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud en el Registro de la Propiedad Industrial o para el caso de patentes tramitadas bajo el Tratado de cooperación en materia de patentes, desde la fecha de presentación internacional. El plazo está regulado en el artículo 30. Duración del registro. El registro de un dibujo o modelo tendrá una duración de diez años.

³⁸⁷ Asamblea Legislativa de Costa Rica, Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos (No. 7978 del 6 de enero del 2000). Artículos 64 y 67.

³⁸⁸ Gabriela Madriz Medrano, Derecho de Marcas (Argentina, Buenos Aires, Ediciones la Rocca, 2000)

es una denominación, una figura o un signo mixto que incluya ambos elementos. Asimismo, constituye un medio ya que la marca no únicamente es aprehensible a través de la visión. Existen las marcas no tradicionales aprehendidas por los sentidos del olfato, el tacto, el oído y el gusto. Aquí estamos en presencia de las marcas olfativas, táctiles, sonoras y gustativas.

De la definición anterior, se extrae dos elementos funcionales de este signo; que la marca sea diferente a otra existente y que esa marca sea capaz de identificar un origen empresarial. Si la marca es igual o similar a otra ya existente en el tráfico mercantil, el signo pierde funcionalidad por cuanto va a crear confusión en el mercado e incapacidad, de distinguir los servicios y productos protegidos, y a su vez, una confusión del origen empresarial, por cuanto el consumidor va a asociar ese signo distintivo con la empresa o persona titular de la marca que ya estaba previamente en el comercio.

En Costa Rica el plazo de una marca vence a los diez años contados desde la fecha de su otorgamiento, con algunas excepciones expresamente indicadas en la legislación. Podrá ser renovada indefinidamente por períodos sucesivos de diez años, contados desde la fecha de vencimiento precedente. El hecho de ser renovada indefinidamente no debe llevar a confusión. La relación de marca y titular no es perpetua. Si la marca fue otorgada en violación a los artículos 7 y 8 de la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos, que refieren a las formalidades intrínsecas o extrínsecas (de fondo y forma) del signo; o bien, la marca no se renueva, no se usa, o se usa contrario a lo dispuesto por la ley, el signo aunque haya sido otorgado con plazo indefinido, está sujeto a nulidad o cancelación, procedimiento que puede ser llevado de oficio por el propio Registro de la Propiedad Industrial o a petición de parte.³⁸⁹

La legislación marcaría costarricense contempla: la marca de productos o servicios, la marca notoria, la marca de certificación, la marca colectiva, así como, la denominación de origen e indicación geográfica. Las dos primeras, la marca de servicios o productos y la notoria, tienen un plazo de vencimiento de diez años renovables a petición de parte. La marca de certificación podrá tener una duración indefinida cuando su titular sea un organismo estatal o paraestatal y se extinguirá con la disolución de ese organismo. En los demás casos su duración es de diez años y podrá ser renovada.

³⁸⁹ Asamblea Legislativa de Costa Rica, Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos. Artículo 37. Nulidad de Registro. Siempre que se garanticen los principios del debido proceso, a solicitud de cualquier persona con interés legítimo o de oficio, el Registro de la Propiedad Industrial declarará la nulidad del registro de una marca, si contraviene alguna de las prohibiciones previstas en los artículos 7 y 8 de la presente ley. (...). Artículo 39. Cancelación del registro por falta de uso de la marca. A solicitud de cualquier persona interesada y previa audiencia del titular de registro de la marca, el Registro de la Propiedad Industrial cancelará el registro de una marca cuando no se haya usado en Costa Rica durante los cinco años precedentes a la fecha de inicio de la acción de cancelación. El pedido de cancelación no procederá antes de transcurridos cinco años contados desde la fecha del registro de la marca. (...).

Respecto a las marcas colectivas, denominaciones de origen e indicaciones geográficas, el plazo es indefinido. Sin embargo, la ley prevé su nulidad cuando incurran en algunas de las prohibiciones dispuestas por la propia legislación marcaria.³⁹⁰

Obsérvese como aunque algunos de los signos distintivos indicados tengan una duración indefinida, están sujetos a desaparecer de la publicidad registral, lo que viene a reforzar el precepto constitucional sobre la temporalidad de estos signos.

2.3.- Diferencia entre propiedad intelectual y propiedad industrial

Otro elemento que caracteriza la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual, es la división legal que existe entre la propiedad intelectual y la propiedad industrial. Ambas pertenecen al gran núcleo denominado intelectual, porque el intelecto es el centro de esta materia y a través de él se crean y se materializan los diferentes derechos protegibles. Sin embargo, encuentran su diferencia en el objeto mismo de protección. La marca no viene a proteger propiamente un derecho intelectual, “sino la exclusividad del uso de ese signo en relación con ciertas mercaderías o servicios. Distinta es la situación en el caso de los derechos sobre invenciones, secretos industriales u obras científicas o literarias en las que se protege el contenido intelectual de esos elementos o una determinada forma de expresión de tal contenido.”³⁹¹

En el Convenio de París se regulan indistintamente como derechos de propiedad industrial las marcas y patentes, siendo éstas últimos tal como lo indica el autor reseñado, propias de ser protegidas por la propiedad intelectual. Sin embargo, en Costa Rica no desconociendo esta diferencia entre los derechos propios del intelecto en cuanto a su contenido y los que funcionan para distinguir productos o servicios, en el artículo 2 de la Ley de Creación del Registro Nacional, se crea el Registro de Propiedad Intelectual. Bajo esta denominación funciona el Registro de Derecho de Autor y Derechos Conexos, cuya competencia corresponde a la protección de los derechos de autor de obras literarias y artísticas y el Registro de Propiedad Industrial, al que le compete el conocimiento de las patentes de invención y demás signos distintivos, entre ellas las marcas.

³⁹⁰Asamblea Legislativa de Costa Rica, Ley de Marcas y otros Signos Distintivos. Artículo 81. Anulación del Registro. A pedido de cualquier sujeto con interés legítimo, el Registro declarará la nulidad del registro de una denominación de origen o indicación geográfica, cuando se demuestre que está comprendida en alguna de las prohibiciones previstas en el artículo 75 de la presente ley, o bien que la denominación o indicación geográfica se usa en el comercio de una manera que no corresponde a lo indicado en la inscripción respectiva, conforme al primer párrafo del artículo 78 de la presente Ley. El artículo 75 se refiere a las prohibiciones de registro de una denominación de origen o indicación geográfica, cuando no sean de esa naturaleza, contrario a las buenas costumbres, engaño en cuanto a la zona geográfica, naturaleza, modo de fabricación, las características o cualidades o la aptitud para el empleo o el consumo de los respectivos productos, sea la denominación común o genérica de algún producto, que cause confusión con una marca o una indicación geográfica o denominación de origen pendiente de registro de buena fe o usadas desde una fecha anterior.

³⁹¹ Luis Eduardo Bertone y Guillermo Cabanellas, Op. cit. P.206.

Con esta división, se deja para conocimiento de la propiedad industrial las patentes de invención, que conllevan tal como se indicó, un contenido intelectual que está ausente en las marcas de comercio. Sin embargo se ha considerado que este objeto de protección, si bien conlleva en sí misma un esfuerzo intelectual que su inventor realiza a través de una investigación, para obtener un producto con aplicación industrial, es visualizado al igual que las marcas de comercio, una herramienta que contribuye al desarrollo y progreso económico de un país. Por ello se cataloga signo protegible dentro de la propiedad industrial junto con las marcas de comercio.

A diferencia de los derechos de autor y derechos conexos, la introducción en el mercado nacional e internacional de las patentes y marcas, contribuyen al fortalecimiento de la economía de un país. Además, dependiendo de los productos o invención que se protejan, contribuye asimismo, al fortalecimiento de los derechos humanos referidos a la protección de la salud de los consumidores. Estos derechos se ven reflejados en el artículo 46 párrafo quinto constitucional, que establece el derecho que tiene el consumidor a la protección de la salud, ambiente, seguridad e intereses económicos.

Conforme lo expuesto, la diferencia entre propiedad industrial e intelectual es palpable. Claro que ello no significa que con los derechos de autor no se genere riqueza, esta no es una afirmación absoluta. Sin embargo, el ámbito de inserción en la economía de un país de la propiedad industrial es más amplio y cubre diferentes sectores productivos, entre ellos los relacionados con el mercado agroalimentario.

2.4.- Derecho Individual

El titular de un derecho a la propiedad intelectual, entendida en su doble dimensión, “*intelectual e industrial*”, goza de un derecho exclusivo sobre ese bien intangible. Esta relación de propiedad, conlleva al titular de un derecho de propiedad intelectual a impedir que sin su consentimiento, terceros invadan su ámbito patrimonial, causando con ello un perjuicio moral, económico o comercial injusto.

El propietario de un derecho de autor o conexo o de un bien protegible en el ámbito de la propiedad industrial, está autorizado por la misma relación entre el objeto protegible y su titularidad, de actuar contra terceros que traten de plagiar una obra literaria o artística, o utilicen en el curso de operaciones comerciales, signos idénticos o similares cuando ello cause confusión o riesgo de asociación.

Lo anterior encuentra sustento constitucional no solo en el ya citado artículo 47, sino también en el artículo 49 siguiente, que replica la protección de los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados. El autor Ernesto Jinesta Lobo, aborda el interés legítimo desde “una perspectiva formal y otra sustancial”.³⁹² Indica

³⁹² Ernesto Jinesta Lobo, Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. (Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2006) 212.

que la formal o adjetiva, deviene de la propia ley haciendo referencia a la extinguida Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

La jurisdicción contenciosa administrativa se caracterizó a través de los años, por ser una jurisdicción de conocimiento de un reducido ámbito de pretensiones. Esta “ (...) limitada ley se encuentra anclada en las pretensiones restringidas y clásicas de mera nulidad y plena jurisdicción, que nos evocan la idea de un proceso objetivo o revisor – proceso a un acto administrativo, esto es, a una pequeña parcela de la conducta o función administrativa como es la actividad formal de las administraciones públicas – de carácter predominante anulatorio.”³⁹³

A partir del año 2006 con la promulgación del Código Procesal Contencioso Administrativo, se extendió esa visión restrictiva del proceso, tomando en consideración en ese momento la realidad social, las exigencias socio económicas de la sociedad costarricense. Es por ello, que en el nuevo proceso contencioso administrativo, “La norma, a la que debe referirse el Juez para enjuiciar la conducta Administrativa, no es ya siempre el límite a la injerencia administrativa en la esfera del particular, sino el fundamento de una actuación de la que depende sea realidad el derecho del administrado. El conflicto interés público-interés privado se diluye en muchas ocasiones, al oponerse dos intereses generales (...)”³⁹⁴.

“Modernamente, se busca superar la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo, al sostenerse que este último es una forma atípica del primero, denominada derecho subjetivo reaccional. Ese derecho habilita a cualquier administrado que haya sufrido un daño en su esfera patrimonial o extra patrimonial, como consecuencia de una conducta ilícita de una administración pública, de reaccionar contra el menoscabo sufrido para eliminarlo.

El autor hace la diferencia entre un derecho subjetivo típico o en sentido estricto y un derecho subjetivo reaccional. El primero, está previamente determinado y es preexistente a cualquier conflicto de interés eventual que pueda surgir. El segundo surge ante la controversia, ante el acto o hecho ilegal y lesivo para el administrado.”³⁹⁵

La Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos establece en su artículo 1), que el objeto de esa ley es “proteger efectivamente, los derechos e intereses legítimos de los titulares de marcas y otros signos distintivos.” Con ello refiere a la posibilidad que tiene un titular de un derecho de propiedad intelectual, a gozar pacíficamente dentro del plazo otorgado por la ley, de los beneficios compelidos en estos derechos. En caso que surja una controversia que inquiete el derecho del titular marcario, por la consecución de un acto ilegal y lesivo que afecte sus intereses, puede reaccionar legalmente en

³⁹³ Manrique Jiménez Meza, El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo (Costa Rica, Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006) 226.

³⁹⁴ Ibid, 227.

³⁹⁵ Ernesto Jinesta, op. cit, 213-214

contra de ello para eliminar esa conducta, sea ésta provocada por la administración pública o por un tercero particular.

Desde la óptica sustancial, Jinesta Lobo incluye el interés legítimo personal y los colectivos. Dentro de estos últimos circunscribe: el interés legítimo colectivo, corporativo y el difuso. En cuanto a la definición del interés legítimo personal cita al Dr. Eduardo Ortiz Ortiz, e indica que se trata de: *"la posibilidad o expectativa de obtener una utilidad sustancial del ejercicio de una potestad pública, no exigible en razón del carácter discrecional de la potestad. O, más sintéticamente, es la expectativa de un bien, a partir del ejercicio legítimo y favorable de una potestad pública discrecional."*³⁹⁶

2.5.- Derecho supraindividual

Este derecho supera los intereses legítimos individuales, para centrarse en la protección de los que conciernen al interés legítimo colectivo, corporativo y difuso, citados por Jinesta Lobo en el punto anterior. Estos derechos están contemplados igualmente en el párrafo infine del citado artículo 49 constitucional.

El Código Procesal Contencioso Administrativo, integra dentro de su normativa intereses legítimos que trasciende el esquema tradicional de ser solamente subjetivos, para confirmar también la existencia de los intereses legítimos objetivos, que incorpora la acción popular y la defensa de los intereses colectivos y difusos.³⁹⁷

³⁹⁶ Ibid, 214.

³⁹⁷ Asamblea Legislativa de Costa Rica, Código Procesal Contencioso Administrativo (Ley No. 8508 del 22 de junio del 2006, Costa Rica, San José, Imprenta Nacional, 2006). La misma se establece en el **ARTÍCULO 10.- LEGITIMIDAD ACTIVA, INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS.** 1) *Estarán legitimados para demandar:*

a) *Quienes invoquen la afectación de **intereses legítimos o derechos subjetivos.***

b) *Las entidades, las corporaciones y las instituciones de Derecho público, y cuantas ostenten la representación y defensa de intereses o derechos de carácter general, gremial o corporativo, en cuanto afecten tales **intereses o derechos**, y los grupos regidos por algún estatuto, en tanto defiendan intereses colectivos.*

c) *Quienes invoquen la defensa de **intereses** difusos y colectivos.*

d) *Todas las personas por acción popular, cuando así lo disponga expresamente, la ley.*

e) *La Administración, además de los casos comprendidos en el párrafo quinto del presente artículo, cuando se haya causado un daño o perjuicio a los **intereses** públicos, a la Hacienda Pública, y para exigir responsabilidad contractual y extracontractual.*

2) *Podrán impugnar directamente disposiciones reglamentarias, quienes ostenten, respecto de estas, algún **interés legítimo, individual o colectivo, o algún derecho subjetivo**, sin que se requiera acto de aplicación individual.*

3) *Igualmente estarán legitimados la Defensoría de los Habitantes y, en materia de Hacienda Pública, la Contraloría General de la República, cuando pretenda asegurar o restablecer la legalidad de las actuaciones u omisiones sujetas a su fiscalización o tutela.*

4) *Cualquier interesado que haya sido afectado en sus **intereses legítimos o derechos subjetivos**, podrá pedir la declaratoria, el reconocimiento o el restablecimiento de una **situación jurídica**, con reparación patrimonial o sin ella.*

5) *La Administración podrá impugnar un acto propio, firme y creador de algún **derecho subjetivo**, cuando el superior jerárquico supremo haya declarado, en resolución fundada, que es lesivo a los **intereses públicos**. (Lo resaltado en negrita no es del original).*

La Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos, contempla en el artículo primero, además, de la protección de los intereses legítimos de los titulares de un signo distintivo, *“los efectos reflejos de los actos de competencia desleal que puedan causarse a los derechos e intereses legítimos de los consumidores.”*

Estos consumidores que en forma general establece la norma legal dicha, pueden ser desde la persona que ejerce su derecho a obtener o vender un producto, como las incorporadas a “grupos de interés o de presión en el contexto social, los denominados intereses colectivos que son los propios de un grupo o una categoría, los cuales se subdividen, a su vez, en corporativos y difusos. (...) Tal categoría o grupo, se puede identificar por una característica o rasgo común de relevancia social (afición, ocupación, giro, consumidores o usuarios de determinados bienes o servicios públicos, (...).”³⁹⁸

Jinesta Lobo, citando al Dr. Eduardo Ortiz Ortiz manifiesta que los intereses corporativos, “son aquellos de un grupo organizado y personificado - personalidad jurídica propia-. Es la ley o estatuto constitutivo el instrumento normativo que establece que su objeto social o colectivo será la protección de ese interés. Este interés, en cuanto colectivo, es individual y formado por la suma de intereses personales de los miembros del grupo -asociado o agremiados al ente- en el disfrute colectivo del bien o servicio que lo caracteriza, por lo que tanto el ente como sus asociados o agremiados pueden ejercer, a nombre y por cuenta propia, las acciones en defensa del interés colectivo a cargo del primero.”³⁹⁹

Respecto a los intereses difusos, la Sala Constitucional los ha definido como:

...intereses individuales, pero a la vez diluidos en conjuntos más o menos extensos y amorfos de personas que comparten un interés y, por ende, reciben un beneficio o en perjuicio, actual o potencial, más o menos igual para todos, por lo que con acierto se dice que se trata de intereses iguales de los conjuntos de personas que se encuentran en determinadas situaciones y, a la vez de cada una de ellas. Es decir, los intereses difusos participan de una doble naturaleza, ya que son a la vez colectivos- por ser comunes a una generalidad- e individuales, por lo que pueden ser reclamados en tal carácter (...).⁴⁰⁰

Estos intereses de los consumidores, sean individuales, colectivos o difusos, van aparejados a lo dispuesto por el párrafo quinto del artículo 46 constitucional⁴⁰¹, que “orienta a asegurar no solo la libertad de empresa en la agricultura, la industria y el

³⁹⁸ Ernesto Jinesta, op.cit., 215.

³⁹⁹ Ibid, 216

⁴⁰⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Res: 2003-02771 de las once horas con cuarenta minutos del cuatro de abril de dos mil tres.

⁴⁰¹ Asamblea legislativa de Costa Rica, Constitución Política, op. cit., Artículo 46: “(...) Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo.(...).”

comercio, sino también que establece una protección especial a los derechos del consumidor, a través de una actividad económica que garantice la obtención de productos que no afecten la salud, el ambiente, la seguridad y los intereses económicos del ser humano.”⁴⁰² El citado precepto constitucional, igualmente va unido a lo dispuesto por el artículo 50 siguiente, mediante el cual se dispone “el derecho de la persona a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado”, con lo cual se consagra el deber del estado en la protección de los derechos de los consumidores.

Bajo los conceptos desarrollados, la naturaleza de la propiedad intelectual, va dirigida a la protección no solo del titular del derecho intelectual concebido como derecho individual, sino también en forma general, de los derechos que gozan los consumidores dentro del tráfico mercantil como un derecho supraindividual, a obtener seguridad de los productos que consumen y que se protegen con la propiedad intelectual. Concretamente aquellos referidos al consumo humano distinguidos por signos marcarios, como también, los concernientes a las patentes de invención. Dentro de esta relación y en un primer escenario, “el Estado cumple un papel primordial como garante de esos derechos y en segundo término, porque la actividad del Estado se dirige hacia la satisfacción de los intereses de la colectividad.”⁴⁰³

3.- Propiedad Intelectual como signo de calidad.

Si se hace un enfoque de la propiedad intelectual como signo de calidad, no es dable, referirse a la función y sentido económico de las marcas en forma general, ya que los signos marcarios desempeñan diversas funciones dentro de la economía de un país. La función principal de una marca es la de distinguir bienes y servicios de entre otros que se encuentren en el mercado. De esta distintividad se derivan otras características propias de la marca y que son esenciales dentro de su naturaleza, como es el derecho exclusivo del que goza el titular de una marca, con la posibilidad de excluir a todo aquel que se quiera aprovechar injustificadamente del signo inscrito.

De esta función distintiva se deriva también la función de identificación del origen empresarial de los bienes y servicios que protege la marca. Es trascendental que las marcas que se encuentren en el comercio, no sean similares o idénticas y que protejan productos diferentes de otra inscrita, ya que el solo hecho de ser confundibles y no poderse aplicar el principio de especialidad⁴⁰⁴, hace que el consumidor las relacione entre sí como provenientes del mismo origen empresarial, causando un perjuicio económico al titular marcario.

⁴⁰² Enrique Napoleón Ulate Chacón, Manual de Derecho Agrario y Justicia Agraria (Costa Rica, San José, Editorial Jurídica Continental, 2012), 53-54.

⁴⁰³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Res: 2004-9927 de 11:01 del 3 de setiembre de 2004.

⁴⁰⁴ Asamblea Legislativa de Costa Rica, Ley de Marcas y otros Signos Distintivos. Regulado en el artículo 89 este principio indica que podrá inscribirse signos iguales o similares, siempre que los productos que se protejan sean diferentes y que no se relacionen entre sí.

Aparejado a la función distintiva e identificadora del origen empresarial, la marca también desempeña una función de garantía de calidad. Se ha señalado “que la marca tiene una función de garantía de consistencia acerca de la naturaleza, calidad y características de los bienes. A esto se le conoce como la función de garantía. Ella asegura al comprador que los artículos que llevan la marca tienen la misma alta calidad que el cliente espera encontrar.”⁴⁰⁵

Por último se le atribuye a la marca “una función publicitaria; en virtud de esta función la marca constituye un instrumento de captación de clientela y está dotada de una *vis attractiva (de sales appeal)* suficiente para la promoción y comercialización de los productos o servicios en el mercado.”⁴⁰⁶

Pero todas esas características atribuibles a una marca de comercio, no son compatibles con otro tipo de signos regulados en la misma Ley de Marcas y otros Signos Distintivos N° 7978-2000. Esos signos van más allá y están relacionados con la calidad agroalimentaria, que deviene del prestigio de productos con un origen geográfico o que para su producción, existe una alta relación con el ambiente y patrimonio cultural del lugar de donde provienen esos productos. Estos signos son los llamados indicaciones geográficas y denominaciones de origen, que de modo alguno identifican servicios o productos de entre otros en el comercio o un origen empresarial.

3.1.- Indicaciones geográficas y denominaciones de origen

Las indicaciones geográficas o denominaciones de origen van más allá de tutelar derechos individuales, para ampliar su protección a un sector comercial con intereses supraindividuales, identificado por características que le otorga la propia zona de producción al producto final elaborado, con lo cual se genera un vínculo de calidad agroalimentaria entre los productores y el consumidor. Sánchez Hernández, visualiza muy bien la intervención del legislador al momento de regular esta materia diferenciada al indicar: “...cuando el legislador ha tomado como objetivo la puesta en valor de los productos agroalimentarios con calidad diferenciada, se está teniendo en cuenta, además de las manifestaciones del patrimonio cultural de un territorio, la repercusión económica que tiene la calidad agroalimentaria en el desarrollo económico de las zonas rurales.”⁴⁰⁷

Costa Rica se ha preocupado por establecer legalmente esta nueva visión que se tiene en la actualidad, respecto a identificar productos con un vínculo de calidad agroalimentaria entre los productores y el consumidor. En el año 2000 se promulgó la

⁴⁰⁵ Luis Eduardo Bertone y Guillermo Cabanellas, Op. cit., 41

⁴⁰⁶ Manuel José Botana Agra, Las denominaciones de origen. Tomo XX, Volumen 2. (España, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A., 2001) 25.

⁴⁰⁷ Ángel Sánchez Hernández, “Aspectos Jurídicos, en España de la calidad agroalimentaria. Análisis de Derecho Comparado. Agricultura Transgénica y calidad alimentaria”. En: Ana Carretero García (Dir.) Agricultura transgénica y calidad alimentaria. Análisis de Derecho comparado (España, Ediciones de la Universidad de Castilla de La Mancha, 2011). P.431

Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos. Esta ley regula en su artículo 2 la definición de la denominación de origen e indicación geográfica, así como, dispone el título VIII, capítulos I y II para establecer la normativa concerniente a esos signos distintivos. En el año 2007 se promulga el Reglamento de las Disposiciones Relativas a las Indicaciones Geográficas y Denominaciones de Origen, N° 33743 del 14 de marzo de 2007.

Este instrumento de regulación tiene como objeto el aprovechar las ventajas competitivas que ofrecen las indicaciones geográficas y denominaciones de origen para productos y servicios propios, y reúne las disposiciones relativas “...*al reconocimiento, protección y mantenimiento de las mismas, así como las funciones del Registro de la Propiedad Industrial como autoridad nacional competente en la materia de concesión e inscripción de las indicaciones geográficas y denominaciones de origen.*”⁴⁰⁸

El trasfondo de estos dos signos distintivos de calidad, radica en la forma de producción del producto. La zona geográfica es fundamental. Esta indica no solo la procedencia sino también, las condiciones ambientales que esa zona imprime en el producto elaborado. Las buenas prácticas agrícolas (BPA) y manufactureras (BPM) inciden en la elaboración de calidad de los productos protegidos por una indicación geográfica (IG) o una denominación de origen (DO).

Sin embargo, además de las buenas prácticas agrícolas o manufactureras, existe otro principio fundamental que conlleva a la calidad diferenciada de ese producto, este es la trazabilidad. Se debe entender por este término, “la posibilidad de encontrar y seguir el rastro a través de todas las etapas de producción, transformación y distribución de un alimento, un pienso, un animal destinado a la producción de alimentos o una sustancia destinada a ser incorporada en alimentos o piensos o con probabilidad de serlo.”⁴⁰⁹

Esta trazabilidad marca la diferencia entre un producto de comercio que incluso, guarda buenas prácticas agrícolas o de manufactura, con un producto al que se le ha seguido la cadena alimentaria “desde su origen, cuando se planta la semilla, hasta el plato, en el momento de la ingesta del alimento.”⁴¹⁰ Conforme a lo expuesto, la indicación geográfica y la denominación de origen, son signos distintivos cuyos productos que protegen, cumplen con atributos adicionales a una simple marca de comercio. No solamente estos signos van a identificar productos en el mercado de entre

⁴⁰⁸ Reglamento de las disposiciones Relativas a las Indicaciones Geográficas y denominaciones de Origen, Contenidas en la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos, Ley No. 7978 del 6 de Enero del 2000. Decreto No. 33743-COMEX-J (San José, Costa Rica, La Gaceta 94 del 17 de mayo del 2007), Artículo 1.

⁴⁰⁹ Gloria Doménech Martínez, “La comercialización de alimentos que contengan organismos modificados genéticamente (OMG) y su regulación en la Unión Europea”. En: Ana Carretero García (Dir.) Agricultura transgénica y calidad alimentaria. Análisis de Derecho comparado (España, Ediciones de la Universidad de Castilla de La Mancha, 2011). P.348.

⁴¹⁰ Gloria Doménech, op.cit., 348.

otros, sino que las BPA y las BPM unido a la trazabilidad del producto, dan como resultado un producto de calidad originaria.

Bajo el concepto expuesto, se define la indicación geográfica, como el signo que *“identifica un producto como originario del territorio de un país, o de una región, o una localidad de ese territorio, cuando determinada calidad, reputación u otra característica del bien sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico.”*⁴¹¹ Esta definición es concordante con la indicada en el artículo 22.1 de los Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), convenio que Costa Rica suscribió y ratificó.

Botana Agra comparando la indicación geográfica con la indicación de procedencia y con la denominación de origen, manifiesta que la indicación geográfica toma de la *“indicación de procedencia, parte de su nombre y la función de indicar el origen geográfico del producto; y de la denominación de origen, aunque en grado menos riguroso, incorpora el vínculo cualitativo; se aplica a productos con alguna cualidad o característica debidas fundamentalmente al medio geográfico de procedencia de los mismos. (...) en la indicación geográfica el vínculo es más tenue y difuso, pues basta simplemente que alguna calidad, reputación o característica sea imputable fundamentalmente al origen geográfico.”*⁴¹²

Jean Claude Pons diferenciando este signo de la denominación de origen, manifiesta que la *“indicación geográfica no exige que todas las operaciones que se hagan sobre un producto, se deban realizar dentro de la zona geográfica definida, como si es obligación en la denominación de origen. En la IG, solo una de estas operaciones, la más relevante con el vínculo, con la zona, debe hacerse en el territorio definido. Las demás pueden hacerse en otros lugares y da como ejemplo; un caso de café en donde la producción es en la zona y el proceso de tueste puede hacerse en otro lugar, sin que ello desprestigie la indicación geográfica.”*⁴¹³

Por otra parte la denominación de origen, es definida por la legislación costarricense: *“Denominación geográfica, designación, expresión, imagen o signo de un país, una región o localidad, útil para designar un bien como originario del territorio de un país, una región o localidad de ese territorio, y cuya calidad o características se deben exclusivamente al medio geográfico, comprendidos los factores naturales y humanos.”*⁴¹⁴

Obsérvese como la denominación de origen incorpora dentro de su definición, además del medio geográfico, los factores naturales y humanos. *“En la denominación de*

⁴¹¹ Asamblea Legislativa de Costa Rica, Ley de Marcas y otros Signos Distintivos. Art.2.

⁴¹² Manuel José Botana, op. cit.,24.

⁴¹³ Jean Claude Pons, Materia Registral (Dialogo con experto de la OMPI, Jean Claude Pons, sobre indicaciones geográficas, *Revista del Registro Nacional. Año 10, N° 1. Impresión Registro Nacional, 2004*). P.8

⁴¹⁴ Asamblea Legislativa de Costa Rica, Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos. Artículo 2.

origen ha de existir un vínculo intenso y estrechamente unido al medio geográfico, hasta el punto de que las cualidades específicas del producto tienen que deberse exclusiva o esencialmente a factores naturales y/o humanos de ese medio. (...).”⁴¹⁵ Jean Claude reafirma en su diálogo, que “en las denominaciones de origen, todas las operaciones que se hagan sobre el producto, como el almacenamiento, los distintos procesos que puedan transcurrir sobre un producto, deben realizarse dentro de la zona geográfica definida.”⁴¹⁶

La jurisprudencia administrativa ha sido conteste en este punto al reafirmar: (...) Por lo expuesto, *no resulta de recibo la solicitud de un peritaje sobre la calidad y características de los diferentes Quesos Turrialba que se encuentran en el mercado costarricense, que con carácter de prueba para mejor resolver propone la apelante, por cuanto, se reitera la función de una Denominación de Origen, en modo alguno supone una atribución de calidad superior o inferior, en relación con otros productos similares provenientes de otro origen empresarial, sino la existencia de un vínculo entre lo geográfico con ciertas características especiales del producto. Por lo tanto el peritaje solicitado no es pertinente, ya que en el existente se demostró, y no es objeto de controversia, que el producto se desarrolla históricamente como original de esa zona y además que existe ese vínculo entre las características especiales del producto y el medio geográfico, comprendidos los factores naturales y humanos.*”⁴¹⁷

A manera de conclusión, se puede indicar que los signos distintivos regulados por la Ley de Marcas y otros Signos Distintivos y que corresponden a las indicaciones geográficas y denominaciones de origen, tal y como son definidos por la propia legislación marcaria y por la doctrina, corresponden dentro de la propiedad intelectual a signos de calidad diferenciada, que vienen a contribuir al desarrollo de un mercado agrícola de calidad, con lo cual se protege a su vez los derechos humanos referidos a la salud de los consumidores.

El desarrollo de este tipo de signos distintivos de calidad, contribuyen asimismo, al fortalecimiento de las economías rurales, al permitir el desenvolvimiento de una actividad agrícola en donde participan un grupo de personas unidas por un objetivo común, que es la producción de un producto de calidad diferenciada. En Costa Rica como signos distintivos de esa naturaleza y propiamente costarricenses, se encuentran inscritos como indicación geográfica “Banano de Costa Rica”, “Café de Costa Rica” y como denominación de origen “Queso Turrialba” y “Cerámica Chorotega”.

3.2.- Marca Colectiva y Marca de Certificación

Paralelo a las indicaciones geográficas y denominaciones de origen, la ley marcaria contempla además dos tipos de marcas, que si bien no cuentan con las

⁴¹⁵ Manuel José Botana, Op.cit., 24.

⁴¹⁶ Jean Claude Pons. Op.cit., 8.

⁴¹⁷ Tribunal Registral Administrativo de Costa Rica. Voto N° 692-2012, de las 14:45 horas del 13 de agosto de 2012.

características de aquellas, si vienen a establecer algún tipo de calidad sobre el producto o servicio que distinguen.

3.2.1.- Marca colectiva

Sánchez Hernández indica que: “las marcas colectivas constituyen un medio de agrupar los intereses comunes de los productores y elaboradores. Pueden solicitarla asociaciones de productores, fabricantes, comerciantes que desean diferenciar los productos o servicios de sus miembros, respecto de aquellos que no forman parte de la asociación. Estas marcas ponen de manifiesto que el producto o servicio tiene su origen en una empresa como miembro de una asociación, siendo ésta la que establecerá la norma de calidad de los productos portadores de la marca colectiva.”⁴¹⁸

En la legislación costarricense está regulada en la Ley de Marcas y otros Signos Distintivos concretamente en el título IV. El artículo 2 sobre las “definiciones generales”, la define como el “*signo o combinación de signos que se aplica a productos o servicios cuyas características o calidad han sido controladas y certificadas por el titular de la marca.*”

De la anterior definición se desprenden varios elementos: “*combinación de signos; protege productos y servicios; la calidad es controlada y certificada por el titular de la marca.*”

a.-) Combinación de signos

La marca en forma general ha sido definida por la legislación marcaria como “*cualquier signo o combinación de signos que permita distinguir los bienes o servicios de una persona de los de otra (...)*”⁴¹⁹ De ello se desprende que la denominación de una marca colectiva, no necesariamente debe ser indicativo de la zona de donde provienen los productos o servicios, sino que esa denominación puede ser escogida al arbitrio de su titular, tomando en consideración para su registro que no exista una denominación igual o similar usada con anterioridad o inscrita en el Registro de la Propiedad Intelectual, que haga incurrir al consumidor en riesgo de confusión o asociación del origen empresarial.

b.-) Protege productos y servicios

A diferencia de la denominación de origen y de la indicación geográfica, la marca colectiva protege tanto productos como servicios. Esa protección abarca la función diferenciadora de los productos o servicios de una marca colectiva, de los productos o servicios de otra marca de esa misma naturaleza que se encuentre en el mercado. Sánchez hace la advertencia que “a diferencia de la marca individual, en la colectiva es necesario que sus usuarios pertenezcan a una colectividad, una asociación de productores, diferenciándose así los productos de las empresas que forman parte de

⁴¹⁸ Angel Sánchez Hernández. Op.cit., 443.

⁴¹⁹ Asamblea Legislativa de Costa Rica, Ley de Marcas y otros Signos Distintivos. Art.2.

esa colectividad o asociación, de los productos de otras empresas que no forman parte de la misma.”⁴²⁰

c.-) La calidad es controlada y certificada por el titular de la marca.”

El titular de una marca colectiva viene a ser la asociación de productores, fabricantes o comerciantes, que se han agrupado bajo esa persona jurídica para proteger sus intereses. Uno de ellos y quizás el principal, es la calidad de la marca, cuya observancia es exigida a los asociados integrantes de la asociación que forman parte de la marca colectiva. Al titular de la marca, que es la asociación le corresponde controlar y certificar esa calidad, siendo ésta la que establecerá la norma de calidad que deberán seguir los asociados o agremiados a esa persona jurídica.

Deberá existir un reglamento en donde se precisen las características o cualidades que serán comunes de los productos o servicios para los cuales se use la marca. Así como se indicarán las condiciones y modalidades bajo las que se podrá emplear la marca y las persona con derecho a usarla.⁴²¹

La calidad de la marca colectiva no deviene de una zona geográfica y tampoco de condiciones ambientales, culturales o factor humano. A través de la marca colectiva se indica que el producto proviene de un productor que es miembro de la asociación titular de la marca colectiva, diferenciándolo de los productos de otras empresas que no forman parte de esa colectividad.

3.2.2.- Marca de certificación

Está regulada en el Título V de la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos. En el aparte de las definiciones que establece el artículo 2 de la Ley, la define como: *“signo o combinación de signos que se aplica a productos o servicios cuyas características o calidad han sido controladas y certificadas por el titular de la marca.*

Del anterior concepto se establece, que la denominación de la marca de certificación, podrá formarse al arbitrio de su titular, siempre que la marca no conlleve a confusión o riesgo de asociación al consumidor. Ello significa, que el signo se formará con el nombre que el titular considere de acuerdo a la autonomía de su voluntad, sin que sea obligatorio que esa denominación incluya el nombre de la región o zona de donde provienen los servicios o productos que certifica.

Obsérvese que al igual que la marca colectiva, la de certificación protege productos o servicios. Aquí radica una primera diferencia con una indicación geográfica o una denominación de origen, que son signos que por su naturaleza protegen únicamente productos.

⁴²⁰ Ángel Sánchez Hernández, Op.cit., 443.

⁴²¹ Asamblea Legislativa de Costa Rica, Ley de Marcas y otros Signos Distintivos, artículo 47.

Respecto a las características o calidad de los productos o servicios que protege una marca de certificación, conforme al concepto dado, está controlada o certificada por el titular de la marca y no por condiciones ambientales o factor humano, como sí sucede con las denominaciones de origen e indicación geográfica. “Su función es certificar que los productos a los que se aplica cumplen unos requisitos comunes, vg., en lo concerniente a su calidad, componentes, condiciones técnicas o modo de elaboración del producto.”⁴²²

El titular de una marca de certificación podrá ser una empresa o institución de derecho público o privado, un organismo estatal o paraestatal, nacional, regional o internacional.⁴²³ En Costa Rica se encuentran inscritas varias marcas de certificación por parte de empresas nacionales e internacionales e instituciones públicas. El Ministerio de Ambiente y Energía tiene inscrita una marca de esta naturaleza que acredita marcas con características de carbono neutral. El Instituto Costarricense de Turismo certifica marcas con un objetivo de turismo sostenible.

Pero también aunque no inscritos en el Registro de la Propiedad Industrial, existen en Costa Rica órganos de acreditación agroalimentaria creados por la ley de Sistema Nacional para la Calidad, N° 8279 de 21 de mayo de 2002. El propósito de esa ley es: *“establecer el Sistema Nacional para la Calidad (SNC), como marco estructural para las actividades vinculadas al desarrollo y la demostración de la calidad, que facilite el cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de evaluación, de la conformidad, que contribuya a mejorar la competitividad de las empresas nacionales y proporcione confianza en la transacción de bienes y servicios.”*

La Ley de Consejo Nacional de Producción, N° 2035 de 17 de junio de 1956 y sus reformas, la Ley Orgánica del Ambiente y sus reglamentos, regulan el tema de la certificación de los productos agrícolas y derivados de la agricultura orgánica. “El Consejo Nacional de Producción, como único ente acreditado en el país, bajo la normativa 45011, ha establecido una Dirección de Calidad e Inocuidad agroalimentaria, en la cual se trabaja fundamentalmente en las normas y certificaciones de calidad de productos.”⁴²⁴

La promulgación de estas normas de protección agroalimentaria, van dirigidas bajo la línea de la referida norma constitucional 46, a brindar a la sociedad costarricense una alimentación de calidad. Si bien con la marca de certificación no se puede sustituir a las indicaciones geográficas o denominaciones de origen cuya calidad va ligada a una zona o región geográfica y /o factores humanos, “sí constituye un método de identificación y defensa de la calidad de los productos bajo el control de Entes Públicos,

⁴²² Ángel Sánchez Hernández, op.cit., 444.

⁴²³ Asamblea Legislativa de Costa Rica, Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos. artículo 55

⁴²⁴ Enrique Ulate Chacón, “La Calidad y Seguridad Agroalimentaria Nacional y Regional”. En: Ana Carretero García (Dir.) Agricultura transgénica y calidad alimentaria. Análisis de Derecho comparado (España, Ediciones de la Universidad de Castilla de La Mancha, 2011), 460.

como instrumento de promoción cuando se trate de productos agroalimentarios que no estén ligados al territorio.”⁴²⁵

Al igual que las marcas colectivas, la de certificación para ser inscrita en el Registro de la Propiedad Industrial, deberá ser acompañada de un reglamento de uso de la marca, que fija las características garantizadas por la presencia de la marca y la manera como se ejercerá el control de calidad. Ese reglamento debe ser aprobado por la autoridad administrativa competente en función del producto o servicio que se trate.⁴²⁶

4.- Conclusiones.

El desarrollo socio económico y ambiental que ha tenido el país en los últimos años, ha influido para que se proteja constitucionalmente, el derecho que tiene toda persona a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. El artículo 46 párrafo quinto fundamental, recoge esa visión al proteger los derechos a la salud, ambiente, seguridad e intereses económicos de los consumidores.

Dentro de la política pública que brinda seguridad al consumidor está el Registro Nacional, órgano rector de la publicidad de la propiedad tangible e intangible, que resguarda los derechos de propiedad de las personas conforme lo establecen los artículos 45 y 47 constitucionales, así como, el Tribunal Registral Administrativo como órgano de control y fiscalización de las resoluciones que emiten los Registros que conforman el Registro Nacional.

Costa Rica en aras de otorgar la protección a la propiedad intelectual, adoptó una serie de instrumentos nacionales e internacionales y mecanismos de observancia, que han contribuido a desarrollar un sistema de protección equilibrado de la propiedad intangible, que se adapte a la realidad social y económica del país.

La propiedad intelectual, en su doble condición industrial e intelectual, refiere a derechos inmateriales, temporales, que protegen derechos individuales y supraindividuales. La propiedad industrial a diferencia de la intelectual, referida a derechos de autor y derechos conexos, ha tenido una inserción en la economía de un país, que ha permitido la diferenciación de signos de calidad.

Las características de una marca comercial no son compatibles con las características de una indicación geográfica y denominación de origen. Estas últimas van más allá y están relacionados con los sellos de de calidad, concretamente la calidad agroalimentaria, que deviene del prestigio de productos con un origen geográfico o que para su producción, existe una alta relación con el ambiente y patrimonio cultural del lugar de donde provienen esos productos. Mientras que la marca comercial protege productos y servicios, así como su procedencia empresarial.

⁴²⁵ Ángel Sánchez Hernández, op.cit., 444

⁴²⁶ Asamblea Legislativa de Costa Rica, Ley de Marcas y otros Signos Distintivos, artículo 56.

Paralelo a las indicaciones geográficas y denominaciones de origen, la ley marcaría contempla además la marca colectiva y la marca de certificación, las que no cuentan con las características de una IG o DO, pero si vienen a establecer algún tipo de calidad sobre el producto o servicio que distinguen.

La calidad de la marca colectiva no deviene de una zona geográfica y tampoco de condiciones ambientales, culturales o factor humano. A través de la marca colectiva, se indica que el producto proviene de un productor que es miembro de la asociación titular de la marca colectiva, diferenciándolo de los productos de otras empresas que no forman parte de esa colectividad. Es en esta característica que se podría hablar de un sello de calidad, en el tanto el titular de la marca colectiva exija a sus miembros guardar la calidad, que a la postre se convierte dentro del tráfico mercantil en el prestigio de esa marca.

Respecto a las características, o calidad de los productos o servicios que protege una marca de certificación, está controlada o certificada por el titular de la marca y no por condiciones ambientales o factor humano, como sí sucede con las denominaciones de origen e indicación geográfica.

La calidad de la marca individual, colectiva o de certificación no deviene de las condiciones ambientales o factor humano. Sin embargo, las dos últimas adquieren su sello de calidad en el tanto el titular de la marca así lo exija.

Bibliografía

ASAMBLEA LEGISLATIVA de Costa Rica, Código Procesal Contencioso Administrativo (Ley No. 8508 del 22 de junio del 2006, Costa Rica, San José, Imprenta Nacional, 2006.

ASAMBLEA LEGISLATIVA de Costa Rica, Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos (No. 7978 del 6 de enero del 2000). Artículos 64 y 67.

ASAMBLEA LEGISLATIVA de Costa Rica, Ley de Patentes de Invención, Dibujos y Modelos Industriales y Modelos de Utilidad. (No. 6867 del 25 de abril de 1983). Dispone en su Artículo 17.¹

ASAMBLEA LEGISLATIVA, Constitución Política de la República de Costa Rica. Anotada por Odilón Méndez Ramírez. San José, Costa Rica, Editorial Juritexto, 2009.

BERTONE, Luis Eduardo y CABANELLAS, Guillermo, Derecho de marcas. Argentina, Editorial Heliasta, T. I, 2008.

BOTANA AGRA, Manuel José. Las denominaciones de origen. Tomo XX, Volumen 2. España, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A., 2001.

CLAUDE PONS, Jean. Materia Registral (Dialogo con experto de la OMPI, Jean Claude Pons, sobre indicaciones geográficas, *Revista del Registro Nacional. Año 10, N° 1. Impresión Registro Nacional*, 2004.

COMEX-J . Reglamento de las disposiciones Relativas a las Indicaciones Geográficas y denominaciones de Origen, Contenidas en la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos, Ley No. 7978 del 6 de Enero del 2000. Decreto No. 33743-COMEX-J. San José, Costa Rica, La Gaceta 94 del 17 de mayo del 2007.

CORREA, Carlos María (Dir.), Temas de Derecho Industrial y de la Competencia. Propiedad Intelectual y Políticas de Desarrollo. Argentina, Editorial de Ciencia y Cultura. Ciudad Argentina, 2005.

DOMÉNECH MARTÍNEZ, Gloria. “La comercialización de alimentos que contengan organismos modificados genéticamente (OMG) y su regulación en la Unión Europea”. En: Ana Carretero García (Dir.) Agricultura transgénica y calidad alimentaria. Análisis de Derecho comparado (España, *Ediciones de la Universidad de Castilla de La Mancha*, 2011.

JIMÉNEZ MEZA, Manrique. El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo. Costa Rica, Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006.

JINETA LOBO, Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2006.

MADRIZ MEDRANO, Gabriela. Derecho de Marcas, Argentina, Buenos Aires, Ediciones la Rocca, 2000.

OMC. Organización Mundial de Comercio, www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/04-wto_s.htm

PEREZ Vargas, Victor, Derecho Privado. Costa Rica, San José, Tercera Edición. Litografía e Imprenta Lil, 1994.

SALA CONSTITUCIONAL de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Res: 2003-02771 de las once horas con cuarenta minutos del cuatro de abril de dos mil tres.

SALA CONSTITUCIONAL de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Res: 2004-9927 de 11:01 del 3 de setiembre de 2004.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel, “Aspectos Jurídicos, en España de la calidad agroalimentaria. Análisis de Derecho Comparado. Agricultura Transgénica y calidad alimentaria”. En: Ana Carretero García (Dir.) Agricultura transgénica y calidad alimentaria. Análisis de Derecho comparado. España, *Ediciones de la Universidad de Castilla de La Mancha*, 2011.

TRIBUNAL REGISTRAL Administrativo de Costa Rica. Voto N° 692-2012, de las 14:45 horas del 13 de agosto de 2012.

ULATE CHACÓN, Enrique Napoleón. Manual de Derecho Agrario y Justicia Agraria. Costa Rica, San José, Editorial Jurídica Continental , 2012.

ULATE CHACÓN, Enrique. “La Calidad y Seguridad Agroalimentaria Nacional y Regional”. En: Ana Carretero García (Dir.) Agricultura transgénica y calidad alimentaria. Análisis de Derecho comparado (España, *Ediciones de la Universidad de Castilla de La Mancha*, 2011.

Denominaciones de origen y signos distintivos de calidad, políticas para el Desarrollo rural

(Reflexiones de la experiencia regional Europea y Centroamericana)

Enrique Napoleón Ulate Chacón⁴²⁷

SUMARIO.-

Introducción.- 1.- Derecho agroalimentario y desarrollo rural. 2. Regulaciones Europeas sobre el régimen de calidad de productos agrícolas y alimenticios. 2.1. Sobre las denominaciones de origen e indicaciones geográficas.- 2.2.- Las especialidades tradicionales garantizadas y términos de calidad facultativos; 3.- La política agrícola, agroambiental y de desarrollo rural territorial Centroamericana. 3.1.- Instrumentos normativos regionales de la política agrícola centroamericana.- 3.2. Hacia una regulación sobre denominaciones de origen e indicaciones geográficas para Centroamérica. 4.-Inclusión de las indicaciones geográficas y denominaciones de origen en el ordenamiento nacional. 5.- Denominaciones de origen e indicaciones geográficas reconocidas. 6.- Conclusiones y recomendaciones.

Introducción.-

El presente artículo busca brindar al estudioso del derecho un panorama muy general de la importancia de las nuevas políticas y normas agrarias, orientadas hacia el desarrollo rural sostenible, o bien, el desarrollo rural territorial.

Sin duda alguna, las políticas comunes de la Unión Europea no solo se caracterizan por su impacto a nivel europeo, sino también a nivel extracomunitario. Además, con motivo de los convenios suscritos a nivel internacional, resulta más que evidente la incidencia de los acuerdos en materia de propiedad intelectual, en la protección y revalorización de productos agropecuarios, especialmente a través de las denominaciones de origen e indicaciones geográficas.

Señalaremos algunos ejemplos del desarrollo que han tenido estas regulaciones en la región centroamericana, con particular énfasis en el caso costarricense.

1.- Derecho agroalimentario y desarrollo rural.-

Derecho agroalimentario como parte del Derecho agrario, comprende: "...el conjunto de normas especiales, ordenadas sistemáticamente, que regulan el producto agroalimentario y su cadena productiva, en todas sus fases, desde la producción hasta el consumo, controlando las etapas de la empresa agroalimentaria y su actividad

⁴²⁷ Doctor en Política y Derecho Agrario. Coordinador del programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Costa Rica y Presidente del Tribunal Agrario.

productiva, con el propósito de garantizar el consumo alimenticio de productos sanos e ino cuos, en aras de proteger la salud de las personas, de los animales y de las plantas, o bien, procurar el abastecimiento alimentario de la población”.⁴²⁸

De la anterior definición se deriva la necesidad, del intérprete-comparatista de contribuir a la formulación y sistematización de esas normas especiales, cuál es el objeto, los sujetos, las posibles fuentes normativas, las actividades y principios generales que deben orientar la disciplina vinculada a los signos distintivos de los productos agrícolas, orientados al mercado agroalimentario. Lo anterior con la finalidad de buscar soluciones comunes y algunas alternativas de regulación armónica o uniforme para la región centroamericana, siguiendo de cerca, especialmente la experiencia de la Unión Europea.

El producto agroalimentario, como objeto de esta disciplina, en su más amplia acepción, comprende los productos agrícolas, agroalimentarios y, que puedan destinarse al consumo alimenticio, a la preparación de sustancias o bebidas, o bien, a la elaboración de piensos para animales que pueden ser potencialmente utilizados para el consumo humano. Tal producto, debe reunir condiciones de calidad, sanidad e inocuidad, las cuales deben garantizar a través de la trazabilidad, que permita el seguimiento del producto a todo lo largo de la cadena agroalimentaria.

Los sujetos del Derecho agroalimentario, comprende no solo al sujeto clásico del derecho agrario, como lo es la empresa agraria, sino que considera la empresa agroalimentaria, en una acepción más amplia, así como otros sujetos de derecho público, como son las autoridades encargadas del control agroalimentario, así como sujetos de derecho privado, como lo es el consumidor, al cual se le busca garantizar una máxima protección de la salud. Se considera, para los fines correspondientes, como Empresa agroalimentaria, toda actividad económica organizada, relacionada con la producción, fabricación, procesamiento, almacenamiento de productos agroalimenticios destinados al consumo humano, o de piensos destinados al consumo animal cuando de ellos se derivan productos alimenticios.

El consumidor agroalimentario, asume un papel activo en el ámbito de esta nueva disciplina, y de la seguridad alimentaria, vista ésta desde dos puntos de vista. El consumidor que requiere la garantía del consumo de alimentos nutritivos sanos para su sobrevivencia (abastecimiento alimentario), y un consumidor cada vez más exigente de la industria agroalimentaria, que requiere de alimentos de calidad e ino cuos, para asegurarse una protección elevada de la salud, tanto de las personas, como de los animales y de las plantas.

Tanto en la Unión Europea, particularmente en Italia, como en la región centroamericana, el caso de Costa Rica, la doctrina y jurisprudencia, han comenzado a construir, las bases de un sistema agroalimentario, así como de toda su Teoría General. Sistema tal que encuentra su punto fuerte, en la existencia de una serie de principios agroalimentarios, derivados de sus fuentes normativas tanto regionales como nacionales,

⁴²⁸ Enrique Ulate Chacón y Rodolfo Vásquez Vásquez, *Introducción al Derecho Agroalimentario*, (San José, Editorial Jurídica Continental, 2008) p.27.

entre los cuales se destacan los principios de precaución o cautela, mutuo reconocimiento, transparencia e información, análisis de riesgos, proporcionalidad, armonización y equivalencia. Tales principios deben orientar en todo momento, tanto al legislador, como al intérprete al momento de dimensionar, aplicar o interpretar la nueva disciplina del Derecho agroalimentario.

2.- Regulaciones Europeas, sobre el régimen de calidad de productos agrícolas y alimenticios.

Como lo ha indicado recientemente Millán Salas: “La Calidad de la producción agrícola de la Unión Europea constituye uno de sus puntos fuertes, lo que ofrece una ventaja competitiva para sus productores. Esto genera una demanda de productos agrícolas y alimenticios con características específicas vinculadas a su origen geográfico.”⁴²⁹

La Unión Europea adoptó el Reglamento 1151/2012 “*Sobre los regímenes de calidad de los productos agrícolas y alimenticios*”,⁴³⁰ adoptado a la luz de lo dispuesto en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, artículo 43 apartado 2 y artículo 118. El mismo es desarrollado por el Reglamento de Ejecución (UE) 668/2014 de la Comisión, del 13 de junio de 2014.⁴³¹

El reglamento refleja la posición fuerte de la política agrícola común europea (PAC), pues establece en sus considerandos, entre otras cosas: la calidad y diversidad de la producción agrícola, pesquera y acuícola, basada en la competitividad de los productores y agricultores para mantener el patrimonio cultural y gastronómico, sus tradiciones y conocimientos; la demanda por ciudadanos y consumidores, de productos agrícolas y alimenticios con características específicas vinculadas a su origen geográfico; el fortalecimiento de la economía rural, sobre todo en regiones menos favorecidas, zonas de montaña y regiones remotas, al revalorizar la calidad y el producto, sirva de complemento con la política de desarrollo rural, apoyo al mercado y sostenimiento de la renta; el ámbito de las denominaciones de origen y de las indicaciones geográficas es restringido a aquellos productos agrícolas o alimenticios cuyas características se vinculen con su origen geográfico.

Los objetivos que se persiguen son: “*..asegurar a los agricultores y productores unos ingresos equitativos por las cualidades y las características de un producto determinado o de su método de producción, y ofrecer información clara sobre los productos y características específicas vinculadas a un origen geográfico, para que*

⁴²⁹ Francisco Millán Salas, “La protección de los signos geográficos de calidad de los productos agroalimentarios a través del derecho de marcas y de la competencia desleal”. En: *Estudios de Derecho Agrario en Homenaje al profesor D. Ramón Herrera Campos*, Coord. María José Cazorla González y otras (España, Dykinson, 2020), página 161.

⁴³⁰ Unión Europea. Reglamento (UE) 1151/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 21 de noviembre de 2012 sobre los regímenes de calidad de los productos agrícolas y alimenticios.

⁴³¹ Otro reglamento específico para los productos vitivinícolas, es el Reglamento (UE) 1308/2013, del Parlamento y del Consejo, de 17 de diciembre del 2013.

los consumidores hagan sus elecciones de compra con mayor conocimiento de causa”⁴³².

También busca garantizar la protección efectiva y uniforme de los derechos de propiedad intelectual, garantizar una competencia leal entre productores, impulsando DO e IG a escala regional, contribuyendo a reconocer el valor añadido de calidad de los productos y su modelo de producción, y protegerlos de terceros países en el ámbito de la OMC.

Se indica expresamente que se aclaran los conceptos de las DO e IG, para ajustarlos al ADPIC, y que *“Todo producto agrícola o alimenticio que ostente una descripción geográfica de este tipo debe cumplir determinadas condiciones establecidas en un pliego de condiciones, como por ejemplo requisitos específicos dirigidos a proteger los recursos naturales o el paisaje de la zona de producción o a mejorar el bienestar de los animales de granja.”*⁴³³

El proceso de inscripción y registro, permite transparentar el reconocimiento, para efectos de cualquier oposición, y además, ofrece información a los consumidores y comerciantes.

La utilización en las etiquetas de los signos distintivos y símbolo de la Unión, tiene como objetivos: *“por una parte, lograr que los consumidores puedan conocer mejor esta categoría de productos y las garantías asociadas a ellos y, por otra, facilitar la identificación de estos productos en el mercado, y de este modo facilitar los controles.”*⁴³⁴

Con el reglamento se busca garantizar el uso leal de los nombres, evitar prácticas que induzcan error a los consumidores, y también clarificar los medios de protección en torno al rol de las agrupaciones de productores y las autoridades competentes en los Estados miembros.

El mismo incluye el régimen de “especialidades tradicionales” garantizadas para ayudar a los productores de productos tradicionales a comunicar a los consumidores las cualidades que añaden valor al producto, para ello, debe cumplirse el pliego de condiciones que definan los mismos productores organizados en agrupaciones. No se puede excluir a productores de terceros países que cumpla el pliego y se someta al sistema de control, debiendo incluirse el símbolo de la Unión como “especialidad tradicional garantizada”.

Regula también un segundo nivel de sistema de calidad, reconociendo características específicas a productos, métodos de producción o atributo de transformación en zonas específicas, por ejemplo “producto de montaña”.

⁴³² Reglamento 1151/2012, considerando 18.

⁴³³ Reglamento 1151/2012, considerando 23.

⁴³⁴ Reglamento 1151/2012, considerando 28.

Por otra parte, busca afianzar la confianza del consumidor con sistemas de verificación y control oficial, según el reglamento No. 882/2004 del 29 de abril de 2004, sobre controles oficiales para verificar la aplicación de la legislación en materia de piensos y alimentos y la normativa sobre salud animal y bienestar de los animales.

Los organismos de control deben acreditarse conforme a nombras internacionales y regionales.

Concretamente, El Reglamento, establece en el artículo 1 los objetivos:

“1.-El presente Reglamento tiene por objeto ayudar a los productores de productos agrícolas y alimenticios para que informen a los compradores y consumidores de las características y las cualidades de producción de dichos productos, garantizando así:

- a) Una competencia leal para los agricultores y productos de productos agrícolas y de alimentos que presenten características y atributos de valor añadido;
- b) La accesibilidad de los consumidores a información fiable relativa a tales productos;
- c) El respeto de los derechos de propiedad intelectual, y
- d) La integridad del mercado interior.

Las medidas establecidas en el presente Reglamento pretenden respaldar las actividades agrarias y de transformación de los métodos de producción asociados a productos de alta calidad, contriuyendo así a la realización de los objetivos de la política de desarrollo rural.

2.- El presente Reglamento establece unos “regímenes de calidad “ como base para la identificación y, en su caso, protección de nombres y términos que, en particular, indiquen o describan productos agrícolas con:

- a) características que confieran valor añadido, o
- b) atributos que aporten valor añadido como consecuencia de las técnicas agrarias o de los métodos de transformación utilizados para su producción, o en su lugar de producción o de comercialización.⁴³⁵

2.1. Sobre las denominaciones de origen e indicaciones geográficas.-

El Título II establece el régimen de las Denominaciones de Origen Protegidas e Indicaciones Geográficas Protegidas, con el fin de ayudar a los productores a obtener una remuneración justa por las cualidades de su producto, protegiendo sus nombres de manera uniforme, como propiedad intelectual y proporcionar al consumidor información clara sobre el valor añadido (artículo 4).

Se define denominación de origen un nombre que identifica un producto: a) originario de un lugar determinado, una región o, excepcionalmente, un país; b) cuya calidad o características se deben fundamental o exclusivamente a un medio geográfico particular, con los factores naturales y humanos inherentes a él, y c) cuyas fases de producción tengan lugar en su totalidad en la zona geográfica definida.

⁴³⁵ Reglamento 1151/2012, artículo 1.

Algunos nombres se asimilan cuando las materias primas que se utilicen para el producto procedan de una zona geográfica más amplia que la zona definida, o una zona distinta siempre y cuando: a) la zona de producción de las materias primas esté delimitada; b) existan condiciones específicas para la producción de las materias primas; c) se apliquen medidas de control; c) estén reconocidas en el país de origen desde el 1 de mayo del 2004. Se consideran materia primas los animales vivos, la carne y la leche.

Se define indicación geográfica un nombre que identifica un producto: a) originario de un lugar determinado, una región o un país, b) que posea una cualidad determinada, una reputación u otra característica que pueda esencialmente atribuirse a su origen geográfico, y c) de cuyas fases de producción, una al menos tenga lugar en la zona geográfica definida.⁴³⁶

La doctrina destaca las diferencias entre las denominaciones de origen y las indicaciones geográficas del siguiente modo:

A pesar de las notas comunes entre la denominación de origen y la indicación geográfica, las diferencias entre ambas figuras son notables, entre ellas podemos destacar que la conexión entre las cualidades y características del producto con el medio geográfico es más intensa en la denominación de origen que en la indicación geográfica, ya que mientras en la denominación de origen las cualidades y características del producto se deben fundamental o exclusivamente al medio geográfico particular con sus factores naturales y humanos inherentes a él, en la indicación geográfica es suficiente que el producto posea una cualidad determinada, una reputación u otra características que pueda atribuirse no al medio geográfico sino al origen geográfico, sin hacer referencia a factores naturales y humanos. Como factores naturales podemos destacar los componentes del suelo, la altitud, la latitud, la situación geográfica, esto es, si está cerca de la sierra, de bosques, del mar, las temperaturas, la luz, la lluvia, los vientos, las heladas o la humedad, la variedad vegetal, la raza animal, etc.; y como factores humanos podemos señalar las labores o técnicas empleadas por los habitantes de la zona geográfica para la producción, transformación y elaboración del producto.⁴³⁷

El reglamento prohíbe registrar como DOP e IGP los términos genéricos (nombres de productos que, pese a referirse al lugar, región o país donde un producto se produjera o comercializara originalmente, se hayan convertido en el nombre común de ese producto en la Unión)⁴³⁸ o los que puedan entrar en conflicto⁴³⁹ con el nombre de una variedad vegetal o de una raza animal y que pueda inducir a error al consumidor en cuanto al origen del producto.⁴³⁹

Tampoco se permite la inscripción de nombres total o parcialmente homónimos, que puedan inducir a error a los consumidores (al menos que en la práctica puedan distinguirse suficientemente las condiciones de uso tradicional y local y la presentación

⁴³⁶ Reglamento 1151/2012, artículo 5.

⁴³⁷ Francisco Millán Salas, "La protección de los signos geográficos de calidad de los productos agroalimentarios...", op.cit., páginas 162 a 163.

⁴³⁸ Reglamento 1151/2012, artículo 3 inciso 6

⁴³⁹ Reglamento 1151/2012, artículo 6.

del homónimo registrado en segundo lugar) debiendo garantizarse un trato equitativo a los productores.

Se veda también la posibilidad de registro cuando a la vista de la reputación y notoriedad de una marca y del tiempo durante el que se haya venido utilizando, dicho registro pueda inducir a error al consumidor en cuanto a la verdadera identidad del producto.⁴⁴⁰

Con todo ello, resulta de interés resaltar que, según la doctrina⁴⁴¹, la regulaciones sobre denominaciones de origen e indicaciones geográficas buscan una eficaz protección de, al menos, tres tipos de interés: el interés de los consumidores (calidades, características, etiquetado), el interés de los productores y empresarios (para evitar la competencia desleal), y el interés general (productores y empresarios de una zona geográfica determinada, para mejorar sus rentas).-

El reglamento regula, de manera detallada, los requisitos del pliego de condiciones (artículo 7), el contenido de las solicitudes para su registro (artículo 8), la protección nacional transitoria (artículo 9), los motivos de oposición (artículo 10). Se crea el Registro de denominaciones de origen protegidas y de indicaciones geográficas protegidas (artículo 11), la protección de nombres, símbolos y menciones (artículo 12), el régimen de protección de los nombres registrados (artículo 13).

“El reconocimiento definitivo de una denominación de origen o de una indicación geográfica tras la inscripción en los Registros comunitarios de denominaciones de origen o indicaciones geográficas conlleva el derecho de usar las mismas, Este derecho se caracteriza por la exclusividad y por la indisponibilidad”.⁴⁴²

2.2.- Las especialidades tradicionales garantizadas y términos de calidad facultativos.

Por otra parte, el Título III del Reglamento establece regulaciones sobre la Especialidades Tradicionales Garantizadas, para proteger los métodos de producción y las recetas tradicionales ayudando a los productores de productos tradicionales a comercializar sus productos y a informar a los consumidores de los atributos de sus recetas y productos tradicionales que le confieran valor añadido.⁴⁴³ Se entiende por “tradicional” el uso que se demuestre se haya hecho en el mercado local durante un período de tiempo que permita su transmisión entre distintas generaciones; este período será de al menos 30 años.⁴⁴⁴

Se pueden registrar como tales los productos o alimentos específicos que: a) sea el resultado de un método de producción, transformación o composición que

⁴⁴⁰ Reglamento 1151/2012, artículo 6.

⁴⁴¹ Francisco Millán Salas, “La protección de los signos geográficos de calidad de los productos agroalimentarios”, op. Cit, pág. 163.

⁴⁴² Ibid, pág. 164.

⁴⁴³ Reglamento 1151/2012, artículo 17.

⁴⁴⁴ Reglamento 1151/2012, artículo 3 inciso 3)

correspondan a la práctica tradicional aplicable a ese producto o alimento, o b) esté producido con materias primas o ingredientes que sean los utilizados tradicionalmente.

Para admitir el registro como especialidad tradicional garantizada de un nombre, debe: a) haberse utilizado tradicionalmente para referirse al producto específico, o b) identificar el carácter tradicional o específico del producto.

De igual modo se regula el procedimiento específico relacionado con el pliego de condiciones (artículo 19) la solicitud del registro y oposición (artículos 20 y 21), el registro particular de especialidades tradicionales garantizadas, y reglas relativas a su uso.

El título IV del reglamento establece disposiciones especiales sobre Términos de Calidad Facultativos, para facilitar la comunicación por sus productores, de las características o atributos de productos agrícolas que aporten valor añadido. Para ello, deben cumplir como criterios los siguientes: a) se refieran a una característica de una o más categorías de productos, o a un atributo de su producción o transformación, que se aplique en zonas específicas; b) su uso añada valor al producto en comparación con productos de tipo similar, y, c) tengan una dimensión europea.⁴⁴⁵

Por ejemplo se establecen regulaciones en cuanto al “producto de montaña” (artículo 31), o bien “productos de la agricultura insular”.

Finamente, el título V, sobre Disposiciones Comunes, el capítulo I, contiene entre otras cosas regulaciones sobre controles oficiales de las DOP y las IGP, y de las especialidades tradicionales garantizadas y el Título VI, prevé en el capítulo I la posibilidad de estudios y regulaciones sobre la producción agrícola local y las ventas directas, para lo que se atribuye un estudio a la Comisión.

Como puede desprenderse de las anteriores consideraciones, es evidente que la Unión Europea está muy avanzada en el desarrollo de la normativa comunitaria relacionada, no solamente con algunos acuerdos internacionales (ADPIC), que se limitan a denominaciones de origen e indicaciones geográficas, sino que también procuran la protección de especialidades tradicionales y términos de calidad facultativos, lo que, indudablemente va en beneficio no solamente de los productores agrarios, sino también de los consumidores, y además, de la protección del medio ambiente y la trazabilidad de los productos de origen animal y vegetal. Además, brinda seguridad jurídica, a través de la existencia de procedimientos y registros específicos para cada una de las especificidades de productos agroalimentarios, generando la garantía de valor agregado, y protegiendo la propiedad intelectual y uso por parte de los productores, de una zona o región determinada.

⁴⁴⁵ Reglamento 1151/2012, artículo 29.

3.- La política agrícola, agroambiental y de desarrollo rural territorial Centroamericana.

3.1.- Instrumentos normativos regionales de la política agrícola centroamericana.-

El marco jurídico, debe ser la base para la implementación de cualquier Estrategia, y especialmente mediante la utilización del instrumento del reglamento comunitario, según las competencias asignadas al Consejo Agropecuario Centroamericano, en los artículos 45 y 55 del Protocolo de Guatemala. El Consejo de Ministros, actuando sectorialmente, o intersectorialmente, con otros Ministerios, está facultado para dictar actos normativos derivados, a saber, resoluciones y reglamentos, mediante los cuales pueda ir estableciendo las bases de esa política agrícola regional común.

Los recientes esfuerzos del CAC, en el diseño de la PACA, o política agrícola centroamericana (2008-2017), así como las Estrategias elaboradas, deben ir acompañadas, necesariamente, de instrumentos jurídicos normativos que permitan enfrentar los retos derivados de la seguridad alimentaria, el cambio climático y la sostenibilidad agroambiental, agroalimentaria y de desarrollo rural.

Los recientes acontecimientos relacionados con la gripe aviar, el cambio climático, la producción de biocombustibles, y la seguridad agroalimentaria, sin duda alguna marcan una nueva etapa hacia el perfeccionamiento de las políticas comunes a nivel regional. Para ello se han planteado tres instrumentos: a) La PACA, o política agrícola centroamericana 2008-2017⁴⁴⁶ recientemente reformulada, b) la Estrategia Regional Agroambiental y de Salud Centroamericana (ERAS 2017-2024) y c) La Estrategia Centroamericana de Desarrollo Rural Territorial (ECADERT) y la Estrategia Agricultura Sostenible adaptada al Clima para la Región del SICA (ASAC 2018-2030).

La PACA es el resultado de un largo proceso de diálogo entre diversos sectores vinculados a la agricultura, auspiciado por el Consejo Agropecuario Centroamericano, y aprobada por la Cumbre de Presidentes en las reuniones del 19 de octubre y 12 de diciembre del 2007, como “instrumento clave para fortalecer la integración regional, la competitividad del sector agrícola, la seguridad alimentaria regional, así como propiciar un mayor acceso de los pequeños y medianos productores a los beneficios de la integración regional y la complementariedad entre los sectores públicos y privados”.

Su formulación respeta los principios contenidos en el Protocolo de Tegucigalpa y el Protocolo de Guatemala, complementándose con los principios de legalidad (respeto de las normas nacionales, multilaterales y regionales), regionalidad (acciones a escala centroamericana que favorezca la integración del mercado regional), gradualidad, sostenibilidad, rendición de cuentas, participación y complementariedad.

⁴⁴⁶ Consejo Agropecuario Centroamericano. Política agrícola Centroamericana 2008-2017: Una agricultura competitiva e integrada para un mundo global. IICA, 2007.

Presenta una “concepción ampliada” del sector agrícola tomando en cuenta las actividades productivas agropecuarias, las de transformación y comercialización, con enfoque de cadenas agroproductivas comerciales. Alcanza todos los países miembros del SICA y su ejecución prevé resultados concretos para diez años.

El objetivo es: “*Promover una agricultura centroamericana sostenible, moderna, competitiva, equitativa, articulada regionalmente, concebida como sector ampliado, con capacidad de adaptarse a nuevos roles y oportunidades, así como de fomentar la complementariedad entre actores públicos y privados.*” Para ello se articulan tres ejes I.- Competitividad y agronegocios. Áreas Prioritarias: Comercio intra y extraregional, sanidad agropecuaria e inocuidad de alimentos, tecnología e innovación; II.- Financiamiento y gestión de riesgos. Áreas prioritarias: Financiamiento, gestión de riesgos. III.- Temas Transversales: Pequeña agricultura empresarial, Gestión agroambiental y Desarrollo institucional.

En el diseño, se tomó en consideración la diferencia entre los países, indicándose que la política regional complementa los esfuerzos que se realizan a nivel nacional y no los sustituye, con lo cual se aleja realmente de la formulación de una verdadera política agrícola común. Solo en la medida que se vayan creando instrumentos jurídicos complementarios o derivados, con efectos directos y aplicación obligada, que orienten a una mayor armonización e integración real, podría hablarse de una política agraria común.

Dicha consideración es de trascendental importancia, si se toma en cuenta “...que la ejecución de las acciones de la política en su conjunto debe contribuir al logro de objetivos superiores, tales como la seguridad alimentaria, el desarrollo rural, la reducción de la pobreza y la gobernabilidad en los pueblos centroamericanos”, pero pareciera que este aspecto es relegado a un segundo plano, para dar paso a la competitividad propia de un esquema de regionalismo abierto, y no de un proceso de integración regional.

Se pretende establecer, dentro de la estructura del CAC, el *Comité Técnico Regional*, integrado por los Directores de Política de los MAG o por funcionarios de alto nivel designados por los respectivos ministros, que asumiría funciones de coordinación y seguimiento técnico en la ejecución de la política, para lo cual contarían con el apoyo de la Secretaría Ejecutiva del CAC. También se pretende crear subcomités técnicos en las áreas específicas.

La Estrategia Regional Agroambiental y de Salud (ERAS) se tomó en el marco de las reuniones intersectoriales del CAC, CCAD y COMISCA, cuyas agendas responden al modelo de desarrollo planteado por la Alianza para el Desarrollo Sostenible (ALIDES). En el ámbito de las relaciones intersectoriales, se cuenta con un marco legal y un historial de encuentros interministeriales. El Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos, en su artículo 16 establece que por la naturaleza de los temas a tratar, los Ministros podrán celebrar reuniones intersectoriales en el marco del Sistema de la Integración Centroamericana-SICA. En la

II Reunión Intersectorial de los Ministros de Agricultura, Ambiente y Salud de Centroamérica celebrada en Panamá el 6 de junio de 2006, se acordó instruir a las Secretarías del Consejo Agropecuario Centroamericano, de la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo y del Consejo de Ministros de Salud de Centroamérica para que, con el apoyo de organismos pertinentes, formularan una estrategia intersectorial agroambiental regional.

Fue aprobada en la cumbre de Presidentes de Centroamérica del 28 de mayo del 2008 en San Pedro Sula, donde también se abordó el tema de cambio climático. Es una iniciativa regional, consensuada y liderada por los Consejos de Ministros de agricultura, ambiente y salud, pertenecientes a los subsectores económico, ambiental y social del Sistema de la Integración Centroamericana en forma respectiva. Se fundamenta en tres aspectos claves: en una visión de desarrollo humano sostenible; en las capacidades, ofertas y restricciones del territorio y su gente; y además, por un enfoque intersectorial y de sinergia entre agricultura, salud y ambiente, quienes en el marco de esta estrategia, se plantean un proceso armonizado, participativo y dinámico, el cual se podrá coordinar con otros sectores y actores públicos y privados de la región.

La ERAS se constituye en un modelo del abordaje transversal de la gestión ambiental. Se sustenta en cinco ejes estratégicos interrelacionados (Manejo Sostenible de Tierras, Cambio Climático y Variabilidad Climática, Biodiversidad, Negocios Agroambientales, Espacios y Estilos de Vida Saludables), un conjunto de líneas de acción y medidas generales y previsiones de organización para su ejecución bajo una visión regional intersectorial unificada. Asimismo, la ERAS se propone retomar, armonizar, fortalecer y dar seguimiento a políticas e instrumentos afines existentes y en proceso de formulación.

En materia de Seguridad alimentaria la XXXII Reunión Ordinaria de Jefes de Estado y de Gobierno de los países del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), realizada en El Salvador el viernes 27 de junio de 2008, los Presidentes de la región dieron una alta prioridad al tema de la seguridad alimentaria de Centroamérica y acordaron apoyar el *“Plan de Emergencia para incrementar la producción y Productividad de granos básicos en Centroamérica”*, elaborado por el Consejo Agropecuario Centroamericano (CAC), para contribuir al autoabastecimiento regional, reducir la dependencia de las importaciones y el costo de la canasta básica; permitiendo a la población más pobre de la región el acceso a los alimentos.

3.2. Hacia una regulación sobre denominaciones de origen e indicaciones geográficas para Centroamérica.

La Estrategia de Agricultura Sostenible adaptada al Clima (2017), para las cadenas alimentarias, tiene como uno de sus objetivos: 2.4. “Promover la agregación de

valor a productos de la región y el desarrollo de certificaciones que premien y reconozcan la aplicación del enfoque ASAC.”⁴⁴⁷

De lo anterior, se deriva la necesidad y urgencia de establecer normativa regional en torno a los signos distintivos de calidad de productos agropecuarios y agroalimentarios producidos en la Región Centroamericana.

Por otra parte, conviene destacar que el Consejo Agropecuario Centroamericano, aprobó en su reunión Ordinaria del 25 de marzo del 2015, la Resolución No 1-2015, mediante la cual se instituye el *Grupo Técnico de Sanidad Agropecuaria e Inocuidad de Alimentos*. De lo cual podríamos esperar que se deriven reglamentos en el tema que ahora nos ocupa.

Por otra parte en el portal de la Secretaría General de Integración Económica, aparece colgado un listado de algunos nombres que ya está protegidos como “**indicaciones geográficas centroamericanas**”, sin hacer una adecuada distinción entre DO e IG, así se indica:

Indicación Geográfica en Centroamérica. ¿Qué es una indicación geográfica?⁴⁴⁸

Una indicación geográfica es un signo utilizado para productos que tienen un origen geográfico concreto y cuyas cualidades, reputación y características se deben esencialmente a su lugar de origen.

Por lo general, la indicación geográfica consiste en el nombre del lugar de origen de los productos. Un ejemplo típico son los productos agrícolas que poseen cualidades derivadas de su lugar de producción y están sometidos a factores geográficos específicos, como el clima y el terreno.

Una aproximación de las ya reconocidas a nivel regional está en la página de la OMPI:

Fuente: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (<http://www.wipo.int/>)

PAÍS (Orden Geográfico)	INDICACIONES GEOGRÁFICAS
Guatemala	1. Nombre protegido: <u>Café Antigua</u> ; Tipo de producto: <i>Café</i> 2. Nombre protegido: <u>Ron de Guatemala</u> ; Tipo de producto: <i>Bebidas espirituosas</i>
El Salvador	3. Nombre protegido: <u>Café Apaneca-Ilamatepec</u> ; Tipo de producto: <u>café</u> 4. Nombre protegido: <u>Bálsamo de El Salvador</u> ; Tipo de producto: <i>Bálsamo</i>

⁴⁴⁷ Consejo Agropecuario Centroamericano. Estrategia agricultura sostenible adaptada al clima para la región del SICA (2018-2030). San José, IICA-CAC, 2017.

⁴⁴⁸ SIECA. www.sieca.int.

Honduras	5. Nombre protegido: <u>Café Marcala</u> ; Tipo de producto: Café 6. Nombre protegido: <u>Cafés del Occidente</u> ; Tipo de producto: Café
Nicaragua	7. Nombre protegido: <u>Café de Nicaragua</u> ; Tipo de producto: Café 8. Nombre protegido: <u>Queso Chontaleño</u> ; Tipo de producto: Quesos
Costa Rica	9. Nombre protegido: <u>Banano de Costa Rica</u> ; Tipo de producto: Bananos.
Panamá	10. Nombre protegido: <u>Seco</u> ; Tipo de producto: Bebidas Espirituosas

Por otra parte, debe indicarse que en el Acuerdo de Asociación UE-CA, se incorpora un Título sobre protección la propiedad intelectual, en donde se incluye el anterior concepto de las indicaciones geográficas (artículos 242 a 250), comprometiéndose cada región a establecer legislación aplicable a las mismas.

Igualmente, el Anexo XVIII, al Acuerdo, establece la inclusión de las listas de las indicaciones geográficas que hayan sido reconocidas, por parte de la Comisión de Asociación. En el Anexo XVII aparecen los nombres reconocidos al momento de la suscripción del Tratado, que en términos generales coinciden con la lista anterior, en el caso de los países de Centroamérica.

Asimismo, en el Acuerdo de Libre Comercio entre Centroamérica y México, el Anexo 16.19 (a), enumera las indicaciones geográficas y denominaciones de origen de Centroamérica.⁴⁴⁹

De estudios científicos elaborados más recientemente, Ayala Durán y Radomsky⁴⁵⁰, se pone en evidencia cómo el Multilateralismo, y sobre todo, la suscripción de acuerdos de libre comercio y de Asociación, ha provocado un mayor uso del esquema relacionado con las Indicaciones Geográficas, denominaciones de origen y marcas colectivas en Centroamérica, sobre todo en productos tradicionales, como el café, y en algunos casos de bebidas espirituosas, como lo evidencian los referidos autores al presentar una Tabla sobre los productos reconocidos con ese signo: **Tabla 1** Indicaciones Geográficas y Denominaciones de Origen en Centroamérica

⁴⁴⁹ Los productos que aparecen como inscritos y forman parte del Anexo 16.19 (a) son los siguientes: Costa Rica, Banano de Costa Rica, El Salvador, Café Apaneca-Illamapetec; Guatemala, Café Antigua y Ron de Guatemala; Honduras Cafés del Occidente Hondureño, Honduras Estern Coffee, Café Camapara, Café CAgual, Café Congolon, Café Erapuca, Café Guisayote, Nicaragua, Café de Nicaragua y Queso Contaleño. Tomado de: [http://www.sice.oas.org/Trade/CACM_MEX_FTA/Annexes/01_Anexo%2016.19%20\(a\)%20Indicaciones%20geograficas%20y%20denominaciones%20de%20origen%20de%20Centroamerica.pdf](http://www.sice.oas.org/Trade/CACM_MEX_FTA/Annexes/01_Anexo%2016.19%20(a)%20Indicaciones%20geograficas%20y%20denominaciones%20de%20origen%20de%20Centroamerica.pdf)

⁴⁵⁰ Carlos Ayala Durán y Guilherme Radomsky. “Indicaciones Geográficas en Centroamérica: un crecimiento poco diversificado”. En RIVAR (Santiago), Vol. 7, no. 20 Santiago, mayo, 2020 (Consultado en: <http://dx.doi.org/10.35588/rivar.v7i20.4469>, el 30 setiembre, 2020).

Table 1. Geographical Indications and Appellations of Origin in Central America (Ayala Durán y Radomsky, 2020).⁴⁵¹

País	Tipo	Año	Bien
Belice	MC	1961	Algodón Isla Wisica (no vigente)
Guatemala	DO	2010	Ron de Guatemala
	DO	2011	Café Antigua
	DO	2012	Café Acatenango
El Salvador	DO	2009	Café Apaneca Ilimatepec
	DO	2016	Chaparro (bebidas espirituosas)
	IG	2018	Pupusas Olocuitla (alimento típico)
	DO	2018	Café Cacahuatique
	DO	2018	Café Alotepec
	DO	2018	Café Bálsamo-Quezaltepec
	DO	2018	Café Tecapa-Chinameca
	DO	2018	Café Chintontepec
	DO	2018	Jocote Barón Rojo (<i>Spondias purpurea</i>)
	DO	2018	Loroco Barón Rojo (<i>Fernaldia pandurata</i>)
	DO	2018	Camarón Bahía de Jiquilisco
RE	1935	Bálsamo de El Salvador	
Honduras	DO	2005	Café Marcala
	MC	2010	Café del Occidente Hondureño (Western Honduran Coffee) Abarca los
	IG	2011	café tipo Camapara, Cagual, Congolón, Eracupa, Guisayote y Copán
Nicaragua	RE	2003	Queso Chontaleño (norma técnica)
	DO	2018	Café Dilpiteño
Costa Rica	IG	2008	Café de Costa Rica
	IG	2010	Banano de Costa Rica
	DO	2012	Queso Turrialba
	DO	2016	Cerámica Chorotega
	DO	2019	Café Tarrazú
Panamá	IG	1997	Seco (bebida espirituosa)
	RE	2002	Mola Kuna Panamá (tejidos)
	DO	2011	Café Renacimiento
	MC	2012	Piña la Chorrera
	MC	2012	Café de Palmira

Tipos de protección: IG: Indicación Geográfica. DO: Denominación de Origen. MC: Marca Colectiva. RE: Reglamento o Ley propia. Fuente/source: elaboración propia basada en datos de oriGIN y en [IICA \(2010\)](#), [Diario Oficial de Guatemala \(2012\)](#), [Instituto de Propiedad Industrial \(2011\)](#), [Presidencia de la República de Costa Rica \(2019\)](#), [Asamblea Nacional de la República de Nicaragua \(2003\)](#), [Ministerio de Economía de El Salvador \(2019\)](#), [Ministerio de Agricultura de El Salvador \(2018\)](#), [Granados y Picado \(2018\)](#), [Otaegi \(2012\)](#) y [Dawson \(1989\)](#). Source: own elaboration based on the references just mentioned.

Los referidos autores, aprecian que la región Centroamericana no ha potencializado –más allá de productos tradicionales vinculados a algunas élites económicas y políticas- la factibilidad de que los países de la región puedan aprovechar sus condiciones naturales y culturales, sobre todos los productos típicos, tradicionales y aquellos derivados de los conocimientos consuetudinarios campesinos e indígenas, para poder posicionar y dar valor agregado a una gran cantidad de productos agroalimentarios.

En efecto, es indispensable que se generen mecanismos nacionales y regionales, por ejemplo a través del Consejo Agropecuario Centroamericano, y mediante la

⁴⁵¹ Ibid.

adopción de reglamentos comunitarios, a fin de que desde el punto de vista Institucional, se les faciliten los procesos a dichas organizaciones de productores rurales, campesinos y comunidades indígenas, para que puedan lograr realizar los procedimientos, el pliego de condiciones, los procesos de inscripción, delimitación geográfica y apoyo técnico que sea necesario para que puedan lograr consolidar esos signos distintivos. Sobre todo si se consideran lo costos que ello podría significarles.

Pese a lo anteriormente indicado, en estudios realizados a nivel regional, con el auspicio del Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura (IICA), con el fin de diagnosticar el estado de la cuestión, especialmente en materia de café, el investigador Peralta Decamps, entre otras conclusiones, indica lo siguiente:

En los países de la región CA-PN-RD, existen importantes diferencias en torno a los niveles de protección y la amplitud de regulaciones ofrecidos por los respectivos marcos legales. En términos globales, las áreas temáticas en las que las legislaciones de la región están más débiles en relación al estándar normativo asumido en el presente diagnóstico son las relativas a los órganos de gestión, los sistemas de control y certificación y los reglamentos de uso. Las áreas temáticas en las que nuestras legislaciones están más adecuadas al modelo normativo escogido están vinculadas a la relación entre marcas e IIGG, el régimen de observancia, infracciones y sanciones, los procedimientos de registro, la titularidad, el término, la modificación y la anulación de los registros.

El sistema de protección de las IIGG y las DDOO que luce ser más adecuado al interés de la región es el europeo, en virtud de que se esmera de dar realce y carácter de especialidad a los productos agrícolas y alimenticios bajo un esquema que garantiza la calidad del producto y su vínculo o correlación con su origen geográfico, con el uso de sellos de calidad diferenciada jurídicamente protegidos.”⁴⁵²

El referido estudio no solamente es profundo, sino que además desemboca en una propuesta normativa para la adopción de una especie de ley-reglamento marco⁴⁵³, que podría incluso impulsarse como una especie de Reglamento Comunitario por parte del Consejo Agropecuario Centroamericano.

4.- Inclusión de las indicaciones geográficas y denominaciones de origen en el ordenamiento costarricense.

La Ley de Marcas y otros signos distintivos No. 7978 del 6 de enero del 2000 adoptó las definiciones sobre denominaciones de origen e indicaciones geográficas, contenidas en los Convenios internacionales. También contiene dentro de sus conceptos, los de marca colectiva, marca de certificación y marca notoriamente conocida (art. 2 y 3). El título VIII está dedicado al tema de las “*Indicaciones geográficas en general*”. Además, debe indicarse que la *Ley N° 8632 del 28 de marzo de 2008, artículo 1° aparte*

⁴⁵² Richard Peralta Decamps, *Diagnóstico de las legislaciones nacionales sobre indicaciones geográficas y denominaciones de origen de Centroamérica, Panamá y República Dominicana*. (República Dominicana, IICA, Santo Domingo, 2008), pág. 214-215.

⁴⁵³ *Ibid*, pág. 219 ss.

b), reformó así el concepto de **Indicación geográfica**: “Una indicación que identifica un producto como originario del territorio de un país, o de una región o una localidad de ese territorio, cuando determinada calidad, reputación u otra característica del bien sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico. Todo signo o combinación de signos, en cualquier forma, serán susceptibles de constituir una indicación geográfica”.

El capítulo I “*Indicaciones geográficas en general*”, de dicho título, está compuesto únicamente por tres artículos. El art. 71 prohíbe el uso en el comercio de indicaciones falsas, o aunque literalmente verdaderas en cuanto al territorio, la región o localidad de origen de los productos o servicios, sugiera al público una idea falsa o engañosa de su origen, o cuando pueda originar confusión o error acerca del origen, procedencia, características o cualidades del producto o servicio, o constituya u acto de competencia desleal. El art. 72 prohíbe la publicidad cuando genere ese mismo efecto, y se prohíbe en el registro de marcas el empleo de las expresiones “clase”, “tipo”, “estilo”, “imitación” u otras análogas.

El capítulo II “*Denominaciones de origen e indicaciones geográficas*” es mucho más amplio en su contenido, y su título ha sido modificado también por la Ley *Ley N° 8632 del 28 de marzo de 2008, artículo 1° apartado 1)*. Se crea el registro de denominaciones de origen e indicaciones geográficas, dentro del Registro de la Propiedad Industrial. Las mismas, sean nacionales o extranjeras, se registran “a solicitud de uno o varios de los productores, fabricantes o artesanos que tengan su establecimiento de producción o de fabricación en la región o en la localidad a la cual corresponde la denominación de origen, o a solicitud de alguna autoridad pública competente”.

Los requisitos de la solicitud de registro son los siguientes: a) El nombre, la dirección y nacionalidad de los solicitantes y el lugar donde se encuentran sus establecimientos de producción o fabricación; b) La denominación de origen o indicación geográfica cuyo registro se solicita; c) La zona geográfica de producción a la que se refiere la denominación de origen o indicación geográfica; d) Los productos o servicios para los cuales se usa; E) Una reseña de las cualidades o características esenciales de los productos o servicios para los que se usa.

En caso de que se cumplan todas las condiciones, se procede a aprobar el registro y su inscripción correspondiente, mediante una resolución que indica expresamente la zona geográfica delimitada de producción, los productos o servicios a los cuales se aplica la denominación de origen o la indicación geográfica, y las cualidades o características esenciales de los productos (salvo cuando por la naturaleza del producto o el servicio u otra circunstancia, no sea posible precisar tales características). El registro de la denominación de origen o indicación geográfica debe ser publicado en el diario oficial.

La denominación de origen o indicación geográfica tiene una duración indefinida, y puede ser modificado, cuando cambien algunas de las características indicadas en la resolución. Solo los productores, fabricantes o artesanos autorizados y que desempeñan su actividad dentro de la zona geográfica delimitada, pueden utilizar comercialmente la denominación de origen o indicación geográfica registrada para sus productos o servicios

indicados en el registro. Pueden emplear junto con ella la expresión “denominación de origen” o “indicación geográfica”.

Los conflictos que surjan sobre las acciones relativas al derecho de usar una denominación de origen o indicación geográfica registrada se deben ejercer ante los tribunales correspondientes, por lo cual consideramos que si se trata de una DO que esté referida a un producto agrario, o involucre sujetos agrarios, deberá ser ventilado el asunto ante la Jurisdicción Agraria. También está prevista la acción de nulidad, en el artículo 81, la cual puede ser pedida por cualquier sujeto con interés legítimo, cuando se demuestre que el registro de la denominación de origen o indicación geográfica, está dentro de las prohibiciones de la Ley.

El 14 de marzo del 2007, fue promulgado el Decreto No. 33743⁴⁵⁴, que es el *Reglamento de las Disposiciones Relativas a las Indicaciones Geográficas y Denominaciones de Origen*, Contenidas en la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos, Ley N° 7978 del 6 de Enero del 2000 y sus reformas.

La Ley de Registro Nacional de 1975 y sus sucesivas modificaciones, hasta llegar a la Ley No. 8710 del 10 de marzo del 2009, logró integrar bajo una sola institución los registros y dependencias, para unificar criterios, facilitar los trámites y mejorar las técnicas de inscripción. Así, conforman el Registro Nacional (artículo 2):

Por otra parte la Ley de Garantías Mobiliarias⁴⁵⁵, artículo 81, introduce una reforma en a la Ley de Creación del Registro nacional, en la que se indica: “Se reforma el artículo 2 de la Ley N.º 5695, Ley de Creación del Registro Nacional, de 28 de mayo de 1975, y sus reformas. El texto dirá:

“**Artículo 2.-** Forman el Registro Nacional, además de las dependencias que se adscriban por otras leyes, las siguientes:

a)... d) El Registro de la Propiedad Intelectual que comprende:

i) El Registro de la Propiedad Industrial: patentes de invención, modelos de utilidad, dibujos y modelos industriales, marcas, marcas de ganado y *signos distintivos, denominaciones de origen e indicaciones geográficas, trazados de circuitos integrados y marcas de ganado.*

ii) El Registro de Derechos de Autor y Derechos Conexos.

Con dicha reforma, es evidente el reconocimiento y la importancia para dar publicidad registral, y proteger no solamente el interés de los productores, sino de los consumidores y el interés general, sobre todo del colectivo que se beneficiará con la

⁴⁵⁴ Reglamento de las disposiciones Relativas a las Indicaciones Geográficas y denominaciones de Origen, Contenidas en la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos, Ley No. 7978 del 6 de Enero del 2000. Decreto No. 33743-COMEX-J (San José, Costa Rica, La Gaceta 94 del 17 de mayo del 2007).

⁴⁵⁵ Ley de Garantías Mobiliarias, No. 9246 (Costa Rica, 7 de mayo del 2014).

delimitación de la zona geográfica de esos productos agrícolas, que tendrán el derecho de uso exclusivo e irrenunciable, y así tener mayor valor agrado a sus productos.

5.- Reconocimiento del Derecho agroalimentario y signos distintivos en la jurisprudencia costarricense.

La Jurisprudencia costarricense ha venido reconociendo, paulatinamente la importancia del nuevo derecho agroalimentario:

“La tendencia actual de la jurisdicción agraria, es la evolución de su competencia a todo lo relacionado con el derecho agroambiental, agroalimentario y al desarrollo rural sostenible, como nuevas dimensiones de la materia, originadas en los derechos humanos de la tercera generación, que están perfectamente contenidos en nuestra Constitución Política, especialmente, en los artículos 45, 46, 50 y 69, así como en todas las leyes agrarias, agroambientales, agroalimentarias así como todas las normas orientadas a promover el desarrollo rural sostenible. En efecto, solo para citar algunos ejemplos, la actual Ley de Biodiversidad No. 7788 del 30 de abril de 1998, le otorga competencia a la jurisdicción agraria (artículo 108), para conocer de todas las controversias relacionadas con la biodiversidad, cuando sea entre particulares. En esta misma normativa, el artículo 8 contempla la función económica, social y ambiental de la propiedad inmueble, y en diversas normas se regula todo lo relativo a los servicios ambientales (artículo 37 y siguientes), en consonancia con lo dispuesto por la Ley Forestal No. 7575 del 5 de febrero de 1996 y sus reformas. Ella contiene regulado todo el régimen relativo a los bosques y plantaciones forestales, sean estos públicos o privados, estableciendo reglas especiales para la regulación de las actividades privadas. Las leyes relativas al desarrollo rural sostenible del país, tales como Ley de Tierras y Colonización, Ley Orgánica del Ambiente, Ley de Fomento a la Producción Agropecuaria, entre otras, también contienen disposiciones relacionadas con la planificación, el uso de los terrenos públicos y privados, a fin de que los mismos cumplan la función social de la propiedad, y presten servicios ambientales o rurales a las comunidades. Especialmente, la Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos No. 7779 de 30 de abril de 1998, también contiene disposiciones sobre competencia favorable a la jurisdicción agraria en su artículo 56. Por otra parte, el tema del desarrollo rural sostenible es de especial importancia actual, dentro de una visión de apertura de los mercados, de inversión extranjera y de desarrollo de las zonas especialmente aptas para el agroturismo, el ecoturismo y el turismo rural, conceptos que hoy define la doctrina moderna como parte de una noción ampliada de la materia agraria. Estas actividades, tienen a revalorizar el medio rural, el ambiente, la cultura de los pueblos y comunidades rurales; especialmente, a revalorizar la función del territorio (y lógicamente, los terrenos privados ubicados en él), para que los visitantes de esas zonas se compenetren con el modo de vida, con las tradiciones, con el ambiente natural y rural. Todo ello es parte de la revalorización e importancia que estos fundos “agroambientales”, tienen no solo desde una óptica puramente económica (como sería la inversión), sino también desde una perspectiva empresarial orientada a promover el desarrollo rural sostenible del país, y promover la inversión a fin de lograr un mejor equilibrio social, económico y ambiental de las comunidades rurales. También el tema agroalimentario, ofrece una rica y muy dispersa legislación sobre la materia, contenida en normas no sólo constitucionales, para proteger la salud de los consumidores (artículo 46), sino en normas legales orientadas a promover la seguridad agroalimentaria interna, tales como la Ley del Consejo Nacional de la Producción, la legislación en materia de salud, de medidas sanitarias y fitosanitarias, así como los acuerdos y tratados internacionales firmados en

el marco de la Organización Mundial del Comercio, y del Sistema de Integración Económica, Social y Ambiental Centroamericana.”⁴⁵⁶

Propiamente en cuanto a la discusión de medidas cautelares relacionadas con signos distintivos, el Tribunal Agrario y la Sala Primera de Casación, han definido la competencia agraria:

V.- Nuestro ordenamiento jurídico regula la competencia desleal, la cual se puede dar a través de una Publicidad confusionista o de explotación de la reputación ajena: es aquella que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos de los competidores, así como la que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones, de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas de otros productos competidores. La confusión se produce a través de todas aquellas actividades que son aptas o idóneas para provocar en el consumidor un error acerca de la procedencia de la prestación bien o servicio que se ofrece en el mercado. La publicidad engañosa es aquella que, de cualquier forma -incluida su presentación - induce o puede inducir a error a sus destinatarios, puede afectar a su comportamiento económico o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. La ley también entiende por engañosa la publicidad que silencia datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios, siempre que dicha omisión induzca al error a los destinatarios. Ejemplos de publicidad engañosa: La que no incluye el Impuesto al Valor Agregado, por lo que transfiere una información errónea. La ocultación bajo letra casi ilegible de condiciones como penalizaciones económicas si se interrumpe el contrato por parte del cliente antes de un tiempo determinado. Limitación mediante apartados de las condiciones generales a los que dirige un asterisco, en los que con letra casi ilegible, se introducen exclusiones o limitaciones al servicio que previamente se anuncia. No disponibilidad efectiva de las alternativas que publicitan a la hora de contratar un servicio, como puede ser un decodificador para un satélite u otro en el caso de canales de pago. Publicidad ilícita: La publicidad engañosa puede estar definida y castigada por las leyes, especialmente por la normativa de protección de consumidores. Aún así, la publicidad engañosa es diferente al concepto de publicidad ilícita, pues este último hay que entenderlo de forma más amplia. Es publicidad ilícita tanto la publicidad engañosa como la publicidad desleal, la subliminal o cualquier otra que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios. El tema se aborda, en casi todos los países, dentro del Derecho de los Consumidores. En nuestro país los ordinales 17 y 34 de la Ley de Promoción y Defensa Efectiva del Consumidor disponen lo siguiente: “ARTICULO 17. Entre los agentes económicos, se prohíben los actos de competencia contrarios a las normas de corrección y buenos usos mercantiles, generalmente aceptados en el sistema de mercado, que causen un daño efectivo o amenaza de daño comprobados. Esos actos son prohibidos cuando: a. Generen confusión, por cualquier medio, respecto del establecimiento comercial, los productos o la actividad económica de uno o varios competidores. b. Se realicen aseveraciones falsas para desacreditar el establecimiento comercial, los productos, la actividad o la identidad de un competidor. c. Se utilicen medios que inciten a suponer la existencia de premios o galardones concedidos al bien o servicio, pero con base en alguna información falsa o que para promover la venta generen expectativas exageradas en comparación con lo exiguo del beneficio. d. Se acuda al uso, la imitación, la reproducción, la sustitución o la enajenación indebidos de marcas, nombres comerciales, denominaciones de origen, expresiones de propaganda, inscripciones, envolturas, etiquetas, envases o cualquier otro medio de identificación, correspondiente a bienes o servicios propiedad de terceros. También son prohibidos cualesquiera otros actos o comportamientos de competencia desleal, de naturaleza análoga a los mencionados, que distorsionen la transparencia del mercado en perjuicio del consumidor o los competidores. Los

⁴⁵⁶ Tribunal Agrario, No. 249 14:20 del 30 de abril del 2004.

agentes económicos que se Colecciones Derecho y Justicia Derecho Agrario y Derecho Procesal Agrario 85 consideren afectados por las conductas aludidas en este artículo, para hacer valer sus derechos sólo pueden acudir a la vía judicial, por medio del procedimiento sumario establecido en los artículos 432 y siguientes del Código Procesal Civil (*). Lo anterior, sin perjuicio de los procedimientos administrativos y judiciales, que se realicen para proteger al consumidor, por los efectos reflejos de los actos de competencia desleal, en los términos del inciso b) del artículo 50 de esta Ley. “ARTICULO 34.- La oferta, la promoción o la publicidad de los bienes y servicios debe realizarse de acuerdo con la naturaleza de ellos, sus características, condiciones, contenido, peso cuando corresponda, utilidad o finalidad, de modo que no induzca a error o engaño al consumidor. No pueden omitirse tales informaciones, si de ello puede derivarse daño o peligro para la salud o la seguridad del consumidor. Deben prevalecer las cláusulas estipuladas en los contratos, si son más beneficiosas que el contenido de la oferta, la promoción o la publicidad de los bienes y servicios. El empleo de términos comparativos en la oferta, la promoción o la publicidad de los bienes y servicios, sólo se admite respecto a datos esenciales, afines y objetivamente demostrables, siempre que se comparen con otros similares, conocidos o de participación significativa en el mercado. La comparación no es admisible cuando se limite a la proclamación, general e indiscriminada, de la superioridad de los productos propios; se tiene por engañosa la que omita cualquier elemento necesario para determinar el valor real de los productos. Al productor o al comerciante que, en la oferta, la promoción, la publicidad o la información, incumpla con las exigencias previstas en este artículo, se le debe obligar a rectificar la publicidad, costearla y divulgar la información veraz u omitida, por el mismo medio y forma antes empleados.”. Es claro que nuestro legislador estableció las pautas sobre la competencia desleal a través de la publicidad ilícita por diferentes medios. Es importante recalcar que a pesar de estar envueltos dentro del proceso de globalización, y de una política orientada hacia el libre mercado de los productos incluyendo los agrícolas, ello no implica la pérdida de la especialidad del derecho agrario, por el contrario se protege la agricultura a través de los diferentes convenios relacionados con propiedad intelectual y por el contrario se rescata el valor de la producción agraria y su vinculación con un determinado territorio, a fin de conocer un régimen jurídico distinto a los productos agrarios, cuya calidad puede derivarse de las condiciones humanas y naturales de un territorio determinado. Es decir se revaloriza la agricultura territorial en el sentido de darle mayor importancia a la localización de actividades productivas, frente al fenómeno de la globalización, donde no importa el lugar de origen de los productos. **VI.**- No queda la menor duda se está ante un proceso derivado del ejercicio de actividades de la empresa agraria en este caso productora, industrializadora y comercializadora de productos agrícolas como lo es la empresa aquí actora ..., en donde se discute la utilización de signos, marcas, empaques por parte de otra empresa lo cual le afecta propiamente el ejercicio de sus actividades, y además se indica le afecta las relaciones económicas con la clientela que ha venido creando desde hace muchos años llevando incluso a confusión a la misma, en cuanto a que creen estar adquiriendo el producto de la empresa actora, lo cual debe analizarse en el fondo de este asunto.” El Tribunal mantiene la posición asumida en las resoluciones transcritas; y además, comparte los argumentos expuestos en los votos citados de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, otorgando a la Jurisdicción Agraria competencia para conocer procesos de esta naturaleza, considerando los derechos de propiedad intelectual de las personas o empresas como parte de los recursos que se emplean para el desarrollo de una actividad agraria de producción animal o vegetal o de bienes con aptitud para ello, así como los bienes destinados a la conservación de los recursos naturales...”⁴⁵⁷

⁴⁵⁷ Tribunal Agrario, Voto No 665-C-12 (Costa Rica, 31 de mayo del 2012)

La Sala Primera de Casación, en la sentencia N° 883-F-S1-2011 ha realizado la distinción de los diferentes regímenes de protección de la propiedad industrial e intelectual. En particular sobre las indicaciones geográficas señaló:

Las **indicaciones geográficas** son un signo utilizado para productos de un origen específico, cuyas cualidades o reputación se deben al lugar del que provienen. Se utilizan para una gran variedad de productos agrícolas. Así por ejemplo, “Toscana” para el aceite de oliva elaborado en esa región italiana; o “Roquefort”, para el queso producido en determinada zona de Francia. También sirven para poner de relieve cualidades puntuales de un producto, debidas a factores humanos característicos del lugar de origen de los productos, por ejemplo, técnicas y tradiciones de elaboración específicas. El lugar de origen puede ser una ciudad, pueblo, región, país, etc. La **denominación de origen** es un tipo especial de indicación geográfica. Se utiliza para productos con cualidades específicas, debidas, exclusiva o esencialmente, al entorno geográfico de la elaboración del producto. En los distintos ordenamientos jurídicos, las indicaciones geográficas son protegidas con diferentes instrumentos legales: leyes contra la competencia desleal, protección al consumidor, protección de las marcas de certificación o normas específicas de protección de las indicaciones geográficas o denominaciones de origen. **Competencia desleal.** De conformidad con el inciso 2 del canon 10 bis del Convenio de París, esta figura constituye todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial. Además, en el inciso 1, señala, el deber de los Estados partes de establecer medidas de protección. En concreto, en el inciso tercero establece, como actos de competencia desleal, los siguientes: *“1.- cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; / 2.- las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; / 3.- las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.”*⁴⁵⁸

En esta sentencia, la Sala Primera de Casación concluyó que no se pueden crear motivos de oposición al registro y examen de solicitudes de denominaciones de origen, recurriendo a la utilización de un motivo de oposición para las marcas. En igual sentido concluyó la Procuraduría General de la República.⁴⁵⁹

6.-Conclusiones.-

Le compete al intérprete-comparatista contribuir a la formulación y sistematización de esas normas especiales, cuál es el objeto, los sujetos, las posibles fuentes normativas, las actividades y principios generales que deben orientar la disciplina vinculada a los signos distintivos de los productos agrícolas, orientados al mercado agroalimentario. Lo anterior con la finalidad de buscar soluciones comunes y algunas alternativas de regulación armónica o uniforme para la región centroamericana, siguiendo de cerca, especialmente la experiencia de la Unión Europea.

⁴⁵⁸ Sala Primera de Casación, Resolución No. 883-2011 (Costa Rica, resolución de las 0905 horas del 28 de julio del 2011).

⁴⁵⁹ Procuraduría General de la República, Dictamen C-268-2011, del 27 de octubre del 2011 (Consulta del Consejo Municipal de Tarrazú).

Como puede desprenderse de las anteriores consideraciones, es evidente que la Unión Europea está muy avanzada en el desarrollo de la normativa comunitaria relacionada, no solamente con algunos acuerdos internacionales (ADPIC), que se limitan a denominaciones de origen e indicaciones geográficas, sino que también procuran la protección de especialidades tradicionales y términos de calidad facultativos, lo que, indudablemente va en beneficio no solamente de los productores agrarios, sino también de los consumidores, y además, de la protección del medio ambiente y la trazabilidad de los productos de origen animal y vegetal. Además, brinda seguridad jurídica, a través de la existencia de procedimientos y registros específicos para cada una de las especificidades de productos agroalimentarios, generando la garantía de valor agregado, y protegiendo la propiedad intelectual y uso por parte de los productores, de una zona o región determinada.

La región Centroamericana, pese a la existencia de normativa de carácter nacional en los distintos países (con la salvedad de Belice) no ha potencializado –más allá de productos tradicionales vinculados a algunas élites económicas y políticas- la factibilidad de que los países de la región puedan aprovechar sus condiciones naturales y culturales, sobre todos los productos típicos, tradicionales y aquellos derivados de los conocimientos consuetudinarios campesinos e indígenas, para poder posicionar y dar valor agregado a una gran cantidad de productos agroalimentarios.

En efecto, es indispensable que se generen mecanismos nacionales y regionales, por ejemplo a través del Consejo Agropecuario Centroamericano, y mediante la adopción de reglamentos comunitarios, a fin de que desde el punto de vista Institucional, se les faciliten los procesos a dichas organizaciones de productores rurales, campesinos y comunidades indígenas, para que puedan lograr realizar los procedimientos, el pliego de condiciones, los procesos de inscripción, delimitación geográfica y apoyo técnico que sea necesario para que puedan lograr consolidar esos signos distintivos. Sobre todo si se consideran lo costos que ello podría significarles.

En Costa Rica, el 14 de marzo del 2007, fue promulgado el Decreto No. 33743, que es el *Reglamento de las Disposiciones Relativas a las Indicaciones Geográficas y Denominaciones de Origen*, Contenidas en la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos, Ley N° 7978 del 6 de Enero del 2000 y sus reformas, el cual se ha aplicado para el reconocimiento de las denominaciones de origen e indicaciones geográficas, sobre todo vinculadas al café, al banano y quesos. Pero falta potenciar su aplicación a otros productos tradicionales, a fin de lograr consolidar el asociacionismo en la agricultura y reconocer el valor agregado a productores agropecuarios y comunidades indígenas y campesinas.

Los conflictos que surjan sobre las acciones relativas al derecho de usar una denominación de origen o indicación geográfica registrada se deben ejercer ante los tribunales correspondientes, por lo cual consideramos que si se trata de una DO que esté referida a un producto agrario, o involucre sujetos agrarios, deberá ser ventilado el asunto ante la Jurisdicción Agraria. También está prevista la acción de nulidad, en el

artículo 81, la cual puede ser pedida por cualquier sujeto con interés legítimo, cuando se demuestre que el registro de la denominación de origen o indicación geográfica, está dentro de las prohibiciones de la Ley.

El *ordenamiento jurídico comunitario* Centroamericano es el que nos presenta mayores perspectivas para impulsar el tema agroalimentario desde una óptica regional común. El Protocolo de Tegucigalpa y sus instrumentos complementarios y derivados han establecido los principios esenciales para impulsar políticas comunes en materia de desarrollo sostenible, agricultura, forestal, pesca y seguridad alimentaria.

Los Consejos de Ministros de los diversos Sectores involucrados tienen la obligación y la capacidad jurídica de emanar actos normativos (reglamentos, resoluciones, acuerdos y recomendaciones), que pueden ser de aplicación obligatoria y de carácter vinculante para los Estados parte del SICA. La Secretaría Técnica de cada Consejo, y particularmente del Consejo Agropecuario Centroamericano y del Consejo Social Centroamericano, actuando en forma separada o coordinadamente - por tratarse en la mayoría de los casos de políticas intersectoriales -, pueden proponer un "paquete" de reglamentos comunitarios que permita una armonización y ejecución gradual de políticas agrarias y agroalimentarias comunes.

Para concluir, estamos convencidos de que es necesario apoyar un marco legal para el sector agroalimentario. El mecanismo regional, como hemos indicado, es a través de diversos reglamentos que permitan armonizar la legislación e impulsar mecanismos efectivos para el desarrollo sostenible y la seguridad alimentaria.

Bibliografía:

AYALA DURAN, Carlos y RADOMSKY, Guilherme. "Indicaciones Geográficas en Centroamérica: un crecimiento poco diversificado". En: RIVAR (Santiago), Vol. 7, no. 20 Santiago, mayo, 2020 (Consultado en: <http://dx.doi.org/10.35588/rivar.v7i20.4469>, el 30 setiembre, 2020).

CAC. Consejo Agropecuario Centroamericano. Estrategia agricultura sostenible adaptada al clima para la región del SICA (2018-2030). San José, IICA-CAC, 2017.

CAC. Consejo Agropecuario Centroamericano. Política agrícola Centroamericana 2008-2017: Una agricultura competitiva e integrada para un mundo global. IICA, 2007.

LANZA, Oscar y otros. *OMC/WTO: Liberalización del Comercio: seguridad alimentaria y el Codex Alimentarius*, La Paz, Bolivia, octubre, 2002.

ASAMBLEA LEGISLATIVA de Costa Rica, Ley de Garantías Mobiliarias, No. 9246 del 7 de mayo del 2014.

IMPRESA NACIONAL. Reglamento de las disposiciones Relativas a las Indicaciones Geográficas y denominaciones de Origen, Contenidas en la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos, Ley No. 7978 del 6 de Enero del 2000. Decreto No. 33743-COMEX-J. San José, Costa Rica, La Gaceta 94 del 17 de mayo del 2007.

MILLÁN SALAS, Salas, Francisco, “La protección de los signos geográficos de calidad de los productos agroalimentarios a través del derecho de marcas y de la competencia desleal”. En: *Estudios de Derecho Agrario en Homenaje al profesor D. Ramón Herrera Campos*, Coord. María José Cazorla González y otras, España, Dykinson, 2020.

PERALTA DECAMPS, Richard, *Diagnóstico de las legislaciones nacionales sobre indicaciones geográficas y denominaciones de origen de Centroamérica, Panamá y República Dominicana*. República Dominicana, IICA, Santo Domingo, 2008.

SIECA. www.sieca.int.

SALA PRIMERA DE CASACIÓN, Resolución No. 883-2011 (Costa Rica, resolución de las 0905 horas del 28 de julio del 2011).

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen C-268-2011, del 27 de octubre del 2011 (Consulta del Consejo Municipal de Tarrazú)

TRIBUNAL AGRARIO de Costa Rica, Voto No 665-C-12 (Costa Rica, 31 de mayo del 2012)

TRIBUNAL AGRARIO de Costa Rica, No. 249 14:20 del 30 de abril del 2004.

ULATE CHACÓN, Enrique y VÁSQUEZ VÁSQUEZ, Rodolfo. *Introducción al Derecho Agroalimentario*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2008.

UNIÓN EUROPEA. Reglamento (UE) 1151/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 21 de noviembre de 2012 sobre los regímenes de calidad de los productos agrícolas y alimenticios.

UNIÓN EUROPEA. Reglamento (UE) 1308/2013, del Parlamento y del Consejo, de 17 de diciembre del 2013.

La responsabilidad por productos defectuosos, como elemento de protección a los consumidores. Análisis en Centroamérica.

José Andrés Meza Villalobos*⁴⁶⁰

Sumario. 1. Introducción 2. La eficacia relativa de los contratos como principio de responsabilidad. 3. La responsabilidad del fabricante por culpa. 4. Evolución de la responsabilidad por productos defectuosos. Hacia una responsabilidad de corte objetivo. 5. Responsabilidad objetiva. Pautas definitorias. 6. El tema de los vicios ocultos como carácter defectuoso del bien entregado. 6.1. El caso del “aliud pro alio”. 7. Protección de los consumidores frente a productos defectuosos. Regulación en Centroamérica. 7.1. Regulación en Guatemala. 7.2. Regulación en El Salvador. 7.3. Regulación en Honduras. 7.4. Regulación en Nicaragua. 7.5. Regulación en Panamá. 7.6. Regulación en Costa Rica. 8. En busca de la protección regional de los consumidores frente a productos defectuosos. El Desarrollo de una normativa centroamericana. 9. Conclusiones.

Resumen:

El presente artículo busca realizar un estudio comparativo del régimen de responsabilidad por productos defectuosos, como instrumento jurídico para la protección de los consumidores en Centroamérica. Se parte de una sinopsis en torno a la evolución histórica del tema de la responsabilidad por productos defectuosos, puntualizándose, posteriormente, aquellas condiciones que determinan la existencia de un hecho generador de responsabilidad. De seguido, se realiza un análisis de la regulación realizada en países centroamericanos, respecto a la responsabilidad que se genera en favor de los consumidores, ante la obtención de productos defectuosos, así como los mecanismos de defensa que les asisten para hacer valer sus derechos. Por último, se realizan observaciones acerca de una propuesta de normativa regional centroamericana de regulación de los derechos del consumidor, para luego finalizar con las respectivas conclusiones.

1. Introducción

Dentro del marco establecido por las tendencias actuales del Derecho privado, con la finalidad de buscar problemas y respuestas comunes en el contexto de la comunidad centroamericana, se erige como tema de interés el relativo a la “Protección de los consumidores y usuarios de Centroamérica frente a la Responsabilidad por productos defectuosos”. Este tema, presenta aristas interesantes desde la óptica de la organización a nivel centroamericano, según la regulación que cada uno de estos realiza

⁴⁶⁰ *Estudiante del programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Costa Rica.

en la búsqueda de solventar un problema, cada vez más creciente, respecto a la vulneración de los derechos de las personas usuarias y consumidores, en relación con los productos que adquieren a través del ejercicio de relaciones y actividades comerciales.

Es así como el presente trabajo pretende realizar un análisis acerca del tema de la responsabilidad civil que surge, en el contexto de una relación comercial, como resultado de la entrega de un producto que no cumple con las características pactadas o cuyo uso normal no se puede ejecutar debido a condiciones inherentes al bien

De este modo, se realiza un recorrido por los principales casos que fueron marcando la pauta evolutiva del instituto de la responsabilidad, hasta llegar a la aplicación de la Teoría de la Responsabilidad Objetiva; a través de la cual se logra dotar a los consumidores de un mecanismo eficaz que propende a la satisfacción de sus intereses y derechos, a través de una compensación contra la desigualdad inherente a las relaciones contractuales mercantiles, en donde la parte encargada del comercio del bien, suele tener más factores a su favor (conocimiento del mercado, condiciones de los bienes por comerciar, tendencia de alza y baja en precios, etc.), que la colocan en una posición de desigualdad (ventaja), por sobre el consumidor.

De este modo, se realiza un recorrido por la normativa específica sobre regulación de protección al consumidor, en los distintos países de Centroamérica, buscando establecer semejanzas en cuanto al sistema de responsabilidad empleado y la regulación del tema de las garantías, principal herramienta de los consumidores, ante vicios en las condiciones del bien adquirido.

Por último, con base en las particularidades de este sistema se analiza la posibilidad de establecer una normativa regional centroamericana en esta materia, que busque establecer lineamientos operativos y normativos, que busquen no sólo estandarizar algunos temas en esta materia, sino, ¿por qué no?, dar solución a nivel supra nacional a las lagunas y vacíos normativos, que pueden ocurrir al interpretar y aplicar la normativa particular de cada país de la región. Además de buscar el establecimiento de un organismo regional, con facultades supranacionales suficientes, para llevar a cabo la tarea de regular y fiscalizar esta materia.

De este modo, se busca establecer las conclusiones más importantes, que al efecto se pueden deducir de la presente investigación, según los objetivos señalados a continuación: 1-Puntualizar los elementos principales, que marcaron la evolución del instituto de la responsabilidad civil por productos defectuosos, hasta llegar al sistema que establece una responsabilidad de corte objetivo. 2-Determinar si existe en los países centroamericanos una regulación normativa específica, relativa a la protección de los consumidores frente a productos defectuosos. 3-Establecer, según la información obtenida a partir del punto anterior, cuál es la teoría de la responsabilidad por la que se decantan dichos instrumentos normativos, para regular lo relativo al incumplimiento que se presenta cuando los proveedores suministran a los consumidores productos defectuosos, 4- Identificar si existe a nivel regional algún esfuerzo normativo, para establecer una regulación comunitaria de protección a los consumidores.

2. La eficacia relativa de los contratos como principio de responsabilidad

La doctrina que hoy conocemos que reconoce la existencia de responsabilidad de tipo contractual, cuando una de las partes se vio perjudicada, ante el incumplimiento de la otra por la entrega de un producto distinto al pactado (en el marco de una relación de consumo), no es nueva, de hecho, según indican (Salvador Doderch, Piñeiro Salguero y Rubí Puig 2003), antes de la maduración de la Revolución Industrial, la regla general en materia de responsabilidad contractual que se manejaba, tanto en el Civil Law, como en el Common Law, era la del principio de la eficacia relativa de los contratos o “privity rule”⁴⁶¹, en el sentido de que los contratos únicamente surtirán efectos entre las partes contratantes, y sus herederos; es decir, el principio de autoregulación de las partes mediante el principio de autonomía de la voluntad.⁴⁶²

Un ejemplo de esto lo encontramos en el caso *Winterbottom v Wright* (152 Eng. Rep. 402 (Ex. 1842))⁴⁶³, en el cual se analizaba un accidente del coche de caballos fabricado por la parte demandada, donde el accidente se había producido como consecuencia de un defecto latente y su conductor y demandante resultó lesionado. En este caso, el juez que resolvió el caso (Abinger, C,B), resolvió rechazar la acción fundamentando su resolución en el hecho de que la parte actora no había sido parte en la relación contractual que mediaba entre el fabricante y el servicio británico de correos.

Aunado a lo anterior, también se encontraba presente en la doctrina imperante a la fecha, la noción de que debía prevalecer el principio “caveat emptor”, aplicado tanto en el Derecho Romano como en el Common Law y Derecho Germánico, según el cual, la falta de cualidades de la cosa vendida corre a riesgo del comprador, siendo que el vendedor, salvo pacto en contrario, no garantiza al comprado el estado cualitativo de esta.⁴⁶⁴ Práctica que generó gran controversia social, dada la clara preeminencia protectora de los productores por sobre los derechos de los consumidores, dejando desprotegida a una buena parte de la sociedad, siendo que de acuerdo a este principio, la responsabilidad sobre la calidad, idoneidad y seguridad de los productos era exclusiva del comprador.⁴⁶⁵

⁴⁶¹ Pablo Doderch Salvador, José Piñeiro Salguero y Antoni Rubí Puig, “Responsabilidad civil del fabricante y teoría general de la aplicación del derecho (“Law enforcement”)", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, no. 4 (2003): 5, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=723332>

⁴⁶² Valga señalar a este respecto, que según señala Woolcott, inicialmente, los jueces analizaban la responsabilidad desde el ámbito contractual en las relaciones de consumo, por lo que en la mayoría de los casos se beneficiaba al productor”. Olenka Woolcott, “La naturaleza de la responsabilidad del productor a la luz del derecho norteamericano”, *Prolegómenos. Derecho y Valores*, vol. X, no. 19 (enero-junio 2007): 127.

⁴⁶³ Pablo Doderch Salvador, José Piñeiro Salguero y Antoni Rubí Puig, “Responsabilidad civil del fabricante y teoría general de la aplicación del derecho (“Law enforcement”)", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, no. 4 (2003): 5, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=723332> Cabe señalar que estos autores reconocen que incluso, este principio ya en ese momento conocía de excepciones, como por ejemplo cuando se consideraba que el fabricante tenía un (Public Duty), es decir, un deber para con el público en general.

⁴⁶⁴ Véase sobre este tema el desarrollo que hace: Antonio Manuel Morales Moreno, “Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de las cosas”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 65, no. 1 (2012): 10-11, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3985512.pdf>

⁴⁶⁵ Véase al respecto lo señalado por Jules Coleman, *Riesgos y daños* (Madrid, España: Marcial Pons, 2010), 407.

Esta situación fue lo que a la postre llevara a que en el Derecho norteamericano incursionara de forma disruptiva, en el desarrollo de la “stricti liability” o responsabilidad objetiva en el derecho de consumo, donde la concepción ha evolucionado a que sea el productor o fabricante el que se considere responsable frente a los consumidores siempre y cuando se le atribuya un daño generado por la compra de un producto defectuoso.⁴⁶⁶

3. La Responsabilidad del fabricante por culpa.

En la práctica, con el desarrollo de las relaciones económicas y comerciales y la venta al detalle, ya en aquel entonces muy pocos productos se compraban directamente a su fabricante, lo que hacía a la privity rule a la vez obsoleta e injusta: garantizando la irresponsabilidad del fabricante, dejaba en una situación de indefensión al consumidor final.⁴⁶⁷

La implementación del criterio de responsabilidad por culpa, lo podemos ubicar de forma clara dentro del sistema del Common Law, en el año de 1916, en el que se resolvió el caso denominado *MacPherson v. Buick Motor Co.* -217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (1916)⁴⁶⁸. En este caso la parte demandada era un fabricante de automóviles, le vendió el vehículo a un revendedor de autos, y este a la parte actora. Según señaló este, el vehículo adquirido colapsó mientras este se encontraba dentro de este, al punto de que él salió expedido del vehículo y sufrió daños. El aro de una de las ruedas fue construido con un material de madera dañado, lo que generó que se fragmentara en pedazos y se generara el accidente. Si bien la rueda no fue hecha por la demandada, pues fue comprada a otro fabricante, lo cierto es que la evidencia demostró que los defectos de la rueda pudieron ser detectados mediante la realización de una inspección razonable, ejercicio que no fue realizado en el caso bajo estudio; siendo que a criterio del tribunal no puede obviarse que el fabricante de vehículos es responsable por el producto final.

La importancia de la ratio decidendi, vertida en el caso *MacPherson v. Buick Motor Co.*, entonces resulta más que clara; ya que con la evolución en cuanto a la fuente de la obligación, se estableció que el deber de prevenir los daños previsibles causados por una conducta negligente no emana únicamente de un contrato, sino directamente de

⁴⁶⁶ En este sentido rescata José Miguel Guevara Fragozo, “La responsabilidad objetiva en la protección del derecho del consumidor: ¿Es una cuestión de Estado?”, *Revista Vis Iuris*, vol. 2, no. 4 (Julio-diciembre, 2015): 100, lo señalado al respecto por Pablo Dorerch Salvador, José Piñeiro Salguero y Antoni Rubí Puig, “Responsabilidad civil del fabricante y teoría general de la aplicación del derecho (“Law enforcement”)”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, no. 4 (2003): 6, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=723332>

⁴⁶⁷ Al respecto véase Rafael Roselló Manzano, “El derecho de daños, la responsabilidad por producto y la protección de los consumidores”, *Opinión Jurídica*, vol 8, no. 15 (enero-junio, 2009): 132, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3632771.pdf>

⁴⁶⁸ La regla (rule), que emanó de este caso es la siguiente: “If manufacturing negligence is reasonably certain to cause peril, knowledge that others may use the product, the manufacturer is obligated to make the product carefully. Whether a given thing is thusly dangerous may be sometimes a question for the court and sometimes a question for the jury. The proximity or remoteness of the relation is a factor to be considered.” Véase en este sentido, Lexis Nexis, *MacPherson v. Buick Motor Co.* -217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (1916), consultado el 2 de agosto de 2020, <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-macpherson-v-buick-motor-co>.

la ley, sin importar la existencia, extensión o características de las relaciones contractuales entre fabricante y consumidor.⁴⁶⁹

4. Evolución de la responsabilidad por productos defectuosos. Hacia una responsabilidad de corte objetivo

Un primer acercamiento al tema de la responsabilidad objetiva, se encuentra en lo resuelto por el Tribunal Supremo de California, en el caso conocido como *Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno* (150 P.2d 436 (1944)). En este caso, la demandante era una camarera de profesión, a la que le explotó en sus manos una botella de Coca Cola, por lo que reclamaba una indemnización por los daños corporales que había sufrido. En este caso el jurado, dictó un veredicto favorable a la demandante que fue confirmado en apelación, pero no hubo unanimidad en las razones de la sentencia; siendo que el voto de mayoría resolvió con base en la doctrina *Res Ipsa Loquitur*, según la cual la negligencia puede presumirse, cuando dadas las circunstancias, el accidente no se habría producido de no haber mediado culpa por parte del demandado, dado que las botellas no están diseñadas para explotar al ser manipuladas.⁴⁷⁰

Con respecto a lo resuelto por el Juez, en ese momento se rescatan las siguientes ideas, que se exponen a manera de resumen:

La negligencia del fabricante debe dejar de ser la base del derecho del demandante a resarcirse en casos como el indicado. Ahora debe reconocerse que el fabricante responde de forma absoluta cuando resulta probado que un producto que puso en circulación, consciente de que iba a usarse sin inspección previa, tiene un defecto que causa un daño a las personas. Es evidente que el fabricante puede anticipar algunos riesgos y evitar la producción de otros, algo que no está al alcance del público en general. Quienes sufren un daño derivado de un producto defectuoso no tienen medios para asumir sus consecuencias. Es de interés público desincentivar la comercialización de productos con defectos que amenacen a los consumidores. No obstante si tales productos entran en el mercado es de interés público imputar responsabilidad por cualquier daño que se pueda originar al fabricante, quien, pese a no haber sido negligente en la fabricación del producto, es responsable por haberlo llevado al mercado.⁴⁷¹

⁴⁶⁹ Al respecto véase Rafael Roselló Manzano, “El derecho de daños, la responsabilidad por producto y la protección de los consumidores”, *Opinión Jurídica*, vol 8, no. 15 (enero-junio, 2009): 132, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3632771.pdf>

⁴⁷⁰ Véase lo recogido por Pablo Dorerch Salvador, José Piñeiro Salguero y Antoni Rubí Puig, “Responsabilidad civil del fabricante y teoría general de la aplicación del derecho (“Law enforcement”)", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, no. 4 (2003): 7-8, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=723332>, con respecto a lo resuelto por el Juez Roger J. Traynor (1900-1983), quien propuso de forma razonada el establecimiento de un régimen de responsabilidad objetiva por defectos de producto. También pueden verse en este sentido lo resuelto en el caso *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.* (161 A.2d 69 (N.J. 1960)), donde pese a que en el contrato de compraventa de un vehículo se estableció que no había garantía por parte del fabricante y vendedor, por vicios ocultos, sobre el vehículo, el Juez Francis, señaló que en el caso existía una garantía implícita que protegía a personas ajenas al contrato de compraventa.

⁴⁷¹ Pablo Dorerch Salvador, José Piñeiro Salguero y Antoni Rubí Puig, “Responsabilidad civil del fabricante y teoría general de la aplicación del derecho (“Law enforcement”)", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, no. 4 (2003): 7-8, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=723332>

Fueron estos razonamientos, los que dieron sustento, a sentencias subsecuentes de reconocidos casos como *Henningsen v. Bloomfield Motors*,⁴⁷² Inc. (161 A 2d 69(N.J. 1960)) y *Greenman v. Yuba Power Products. Inc.* (377 P. 2d 897 (Cal. 1963)).

Posteriormente, según lo señala (Woolcott 2007, 129-133), ya en el año de 1965 se promulga la *Restatement of torts*, sección 402 A, jurisprudencia que contempla y desarrolla el concepto de daños por productos defectuosos, tesis que evolucionó de forma más específica en 1997, año en el que se expide la “*Restatement of torts: product liability*”; jurisprudencia que abarca de forma determinada el concepto de defecto y sus clasificaciones, así como el deber de información y las reglas de causalidad.

5. Responsabilidad objetiva. Pautas definitorias

Según ha sido señalado, la evolución de los criterios de responsabilidad ante incumplimientos ocasionados a las partes en el marco de relaciones de consumo, ha sido objeto de una importante evolución, partiendo de análisis de conceptos como el de la sociedad del riesgo⁴⁷³, o la teoría del daño creado⁴⁷⁴, cuyo elemento de imputación toma como base, la atribución de la responsabilidad al agente que introduce en el medio un elemento capaz de producir un daño, sin tomar en consideración el elemento de subjetividad el agente, concentrándose en el tema de la reparación del daño y sus límites, según la causalidad material. En este sentido, como fue recogido por (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia 2007): “Solo interesa indagar cual hecho fue la causa del efecto para imputarlo, dado que es suficiente la producción del resultado dañoso, siendo innecesaria la configuración de un acto ilícito a través de los elementos tradicionales. Como corolario de lo expuesto, la culpa, negligencia, imprudencia o impericia del agente, no son los elementos esenciales para dar nacimiento a la obligación dentro de los parámetros de la responsabilidad objetiva. De allí que, no tiene

⁴⁷² Autores como Prosser, que consideran este fallo dictado el 9 de mayo de 1960, por el Tribunal Supremo de New Jersey como el caso que marca el punto de cambio de criterio, de la aplicación del principio de eficacia relativa de los contratos a la responsabilidad objetiva por productos defectuosos que conocemos actualmente., William Loyd Prosser, “The Fall of the Citadel. Strict Liability to the Consumer”, *Minnesota Law Review*, (1966): 791, <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3558&context=mlr>,

⁴⁷³ Con respecto a la evolución y antecedentes de la irrupción de la sociedad del riesgo, puede revisarse la obra de José Miguel Guevara Fragozo, “La responsabilidad objetiva en la protección del derecho del consumidor: ¿Es una cuestión de Estado?”, *Revista Vis Iuris*, vol. 2, no. 4 (Julio-diciembre, 2015): 100, lo señalado al respecto por Pablo Dorerch Salvador, José Piñeiro Salguero y Antoni Rubí Puig, “Responsabilidad civil del fabricante y teoría general de la aplicación del derecho (“Law enforcement””, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, no. 4 (2003): 99-103, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=723332>

⁴⁷⁴ No debe perderse de vista que en palabras de Vásquez Ferreira: “Sin daño no hay responsabilidad. La teoría de la reparación de daños dirige su mirada precisamente al daño, por lo cual éste se constituye no sólo en el presupuesto básico, sino que también fija la medida de la reparación. El perjuicio causado marca el límite de la obligación indemnizatoria”. Roberto Vásquez Ferreira, *Responsabilidad por daños (Elementos)*, (Buenos Aires, Argentina: De Palma, 1993), 177. En este sentido, además este daño, para que genere responsabilidad deberá cumplir ciertas características, como por ejemplo que sea lesivo a un interés jurídicamente tutelado, que sea lesivo para un sujeto, que sea causado por un tercero, y de vital importancia que sea antijurídico, esto es, que no se encuentre amparado en uno de los supuestos que excluyen la antijuricidad como el estado de necesidad, la legítima defensa, fuerza mayor, caso fortuito, o incluso el ejercicio de un derecho.

ninguna importancia, para desvirtuarla, que se logre demostrar que no incurrió en alguno de ellos”.⁴⁷⁵

A mayor abundamiento, podemos destacar las siguientes pautas características de la responsabilidad objetiva⁴⁷⁶:

- En este tipo de responsabilidad, la simple existencia del daño reputa la responsabilidad en el agente dañino de haber sido el causante de ese daño, y por tal quien deberá indemnizar los daños y perjuicios causados con su conducta, es decir, se invierte la carga probatoria, y los eximentes, siendo ellos “fuerza mayor”, “culpa de la víctima” o “hecho de un tercero”.⁴⁷⁷
- En este caso comprobación de las causas eximentes de la responsabilidad (culpa de la víctima, de un hecho de tercero o la fuerza mayor), actúa sobre el nexo de causalidad, descartando que la conducta atribuida a la parte demandada fuera la productora de la lesión sufrida.
- En los casos de las relaciones de consumo, se determina como factor para atribuir responsabilidad el criterio de que quien crea, ejerza o se aprovecha de una actividad lucrativa lícita que presenta elementos potencialmente peligrosos para los demás, debe también soportar sus inconvenientes (ubi emolumentum, ubi onus, el cual puede ser traducido como donde está el emolumento, está la carga), según lo cual el riesgo debe provenir de una actividad de explotación, que al ser realizada por un ser humano, excluiría los denominados hechos de la naturaleza.⁴⁷⁸
- Para el surgimiento del deber de reparación, el riesgo asociado con la actividad debe presentar un grado de anormalidad, esto es, que exceda el margen de tolerancia que resulta admisible de acuerdo a las reglas de la experiencia, lo cual debe ser analizado, de manera casuística, por el juez.⁴⁷⁹
- El riesgo creado, lo que hace suponer que la persona a quien se le imputa el daño debe estar en una posición de dominio respecto de aquel, es decir, debe ser quien desarrolla la actividad o asume las posibles consecuencias negativas asociadas, recibiendo un beneficio

⁴⁷⁵ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Sentencia 655* (Costa Rica, de las 15:05 horas, 19 de setiembre de 2007).

⁴⁷⁶ Criterios jurisprudenciales tomados de la compilación realizada por Enrique Napoléon Ulate Chacón, “El Instituto de la Responsabilidad Agraria (objetiva) en la legislación especial y la jurisprudencia costarricense”, *Revista Judicial*, no. 120 (enero, 2017).

⁴⁷⁷ En el caso costarricense, la teoría sobre la causalidad adecuada se ha considerado la más acorde con su régimen de responsabilidad. Según esta existe una vinculación entre daño y conducta cuando el primero se origine, si no necesariamente, al menos con una alta probabilidad según las circunstancias específicas que incidan en la materia, de la segunda.

⁴⁷⁸ Véase en este sentido la sentencia dictada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Resolución 1098-09* (San José, Costa Rica, a las 14:45 horas, del 22 de octubre de 2009), consultado el 11 de agosto de 2020, <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-457202>

⁴⁷⁹ *Ibíd.*

de ello. Este puede ser directo, el cual se puede identificar, entre otros, con los ingresos o emolumentos obtenidos a título de contraprestación, o bien indirectos, cuando la situación de ventaja se da en forma refleja, como sucede con los mecanismos alternos que tiendan a atraer a los consumidores, y en consecuencia, deriven en un provecho económico para su oferente.⁴⁸⁰

6. El tema de los vicios ocultos como carácter “defectuoso” del bien entregado

Según se ha analizado, en aquellos casos, donde en el marco de una relación comercial contractual, en el que una parte por vía onerosa, adquiera un bien de otra parte, y este bien presente irregularidades (vicios ocultos (comúnmente denominados defectos) desconocidos por la parte adquirente al momento de la recepción del bien), surge un tema de responsabilidad, de naturaleza objetiva, en donde una parte debe responder frente a la otra, bajo unos parámetros que anteriormente fueron especificados, de manera que se logre la satisfacción de las pretensiones de la parte que se considera agraviada, en el marco de la regulación normativa aplicable a dicha relación contractual.

Esta situación no deja de ocasionar una carga importante sobre la parte, que se considera más fuerte de la relación contractual, es decir, el fabricante o comerciante, dado que este, en principio deberá realizar las acciones, ante la inversión de la carga probatoria, que demuestren que la responsabilidad ante el daño no es imputable a él, situación que de no ser analizada con cuidado, podría propiciar, al menos a un nivel teórico, un abuso en el ejercicio del derecho, por parte de consumidores que buscan sacar un provecho a la regulación existente.

Es en este contexto, que resulta importante hacer algunas puntualizaciones sobre ejemplos que reconoce la doctrina sobre el tema de los vicios ocultos en los bienes adquiridos en el marco de relaciones comerciales.

6.1. El caso del “aliud pro alio”

Este supuesto, que en términos comunes se puede definir, como la entrega de una cosa diferente a la esperada, o lo que es lo mismo, cuando en las relaciones comerciales el vendedor de un determinado bien, entrega uno distinto al pactado, ha fungido un papel fundamental, en el acercamiento de la doctrina del incumplimiento contractual y el respectivo instituto de saneamiento por vicios⁴⁸¹ ocultos. La figura, según señala (Juárez Torrejón 2018) ha absorbido supuestos que en principio deberían quedar comprendidos en el régimen de saneamiento por vicios, y que de esta forma han quedado disciplinados por el incumplimiento contractual. Recuérdese que existen

⁴⁸⁰ *Ibíd.*

⁴⁸¹ Con respecto a la calificación sobre la gravedad del vicio, y su incidencia en el proceso, es rescatable la opinión de (Oviedo Albán), en donde señala que a su modo de ver “(...) en la calificación de la gravedad del vicio incidirá si se asume una noción material o una funcional. Así entonces, si la cosa presentare defectos que impiden el uso particular, al seguir la noción material el comprador no podría interponer las acciones edilicias, pero con la funcional sí estaría evidentemente facultado para ello.” Jorge Oviedo Albán, “Los requisitos del vicio redhibitorio en la compraventa según el Código Civil chileno-colombiano”, *Revista de Derecho Privado*, no. 30 (enero-junio, 2016): 139, <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4550>

diferencia en el tratamiento de las figuras de vicio redhibitorio (prestación defectuosa con sus respectivas acciones edilicias) y el incumplimiento por entrega de una cosa diferente a la pactada (situación conocida como aliud pro alio).

Nótese que en la práctica, la dificultad, que motiva hacer la anterior distinción, generalmente viene porque no resulta fácil determinar con precisión cuándo se ha entregado la cosa convenida, aunque con defectos o vicios ocultos (prestación defectuosa) y cuándo se ha entregado una cosa de calidades tan diversas a las convenidas que pueda considerarse que del todo no ha habido entrega, por haberse dado una cosa por otra (prestación distinta). Problemas de obligada resolución, ya que, en no pocas ocasiones, una y otra hipótesis se rigen por normas diversas⁴⁸².

Ahora bien, señala la Sala Primera de la Corte Suprema de Costa Rica que: *(...) cuando la cosa entregada, aun siendo de la misma especie de la ofrecida, no tenga las cualidades esenciales propias de su naturaleza, se está ante un caso de aliud pro alio, es decir, de entrega de una cosa por otra; y a esta hipótesis se suele asimilar también el supuesto de que lo entregado no posea las cualidades que los contrayentes hayan considerado esenciales por cláusulas expresas. "Puede decirse que la teoría dominante en el Tribunal de Casación -escribe DEGNI- es aquella según la cual corresponde la acción contractual y no redhibitoria, cuando la cosa entregada, aun perteneciendo a una especie o categoría no distinta objetivamente de aquella vendida, carezca de cualidades esenciales o, por su naturaleza, o porque tales han sido consideradas por los contrayentes con cláusulas expresas o, por lo menos, de modo indudable, debiendo valorarse con criterio incensurable por el juez de instancia, y encontrándose también en estos casos el aliud pro alio*⁴⁸³.

7. Protección de los consumidores frente a productos defectuosos. Regulación en Centroamérica

Según se desprende de lo analizado de forma precedente, en el marco de las relaciones comerciales marcadas por contratos de compraventa, pueden ocurrir, como de hecho ocurren situaciones marcadas por el incumplimiento de la obligación de una de las partes de entregar las cosas según las condiciones pactadas, y esperables en el marco de las características del bien esperado. Este tema reviste tal importancia a nivel

⁴⁸² Como desde hace ya muchísimos años indicara el profesor (Rubino), y sus palabras continúan tan vigentes como al momento en que las escribiera: "Las mayores dificultades teóricas y prácticas en esta materia han siempre consistido en determinar el ámbito de la categoría de los "vicios" (llamados con términos romanísticos vicios redhibitorios) para distinguirlos de la hipótesis de falta de calidad de la cosa; mientras después esta última, que constituye una hipótesis intermedia, va a su vez distinguida por una tercera hipótesis, que está en el extremo opuesto a los vicios, y comprende los casos en los cuales se entrega una cosa diversa de aquella convenida (aliud pro alio como suele decirse)". Doménico Rubino, *La compravendita*, (Milán, Italia: Giuffrè Editore, 1962),759. Véase también en este sentido (Sala Primera de la Corte Suprema de Costa Rica 1993).

⁴⁸³ Véase al respecto, por su claridad, la resolución dictada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Resolución no. 37* (San José, Costa Rica, a las 11:10 horas, del 28 de mayo de 1993), consultado el 22 de mayo de 2020, <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-159045>, cuyo desarrollo doctrinal permanece vigente tal cual lo fuera en aquel momento.

global que los Derecho de los Consumidores han sido reconocidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas a través de las Directrices para la Protección de los Consumidores, aprobadas por la Resolución 32-248 del 09 de Abril de 1985. En consecuencia de este fenómeno, los distintos países de la región centroamericana, que no han escapado a la imperiosa necesidad de regular este tipo de relaciones comerciales y de consumo, han promulgado diversos instrumentos normativos en procura de lograr la protección de los consumidores, ante supuestos de incumplimiento, sin perder de vista, que son estos la parte más débil de la relación contractual.

Es ante este escenario que los países centroamericanos se han dado a la tarea de crear mecanismos eficaces, que propendan a la tutela de los derechos de los consumidores, y si bien la formulación lingüística a través de la que se recogen, varía cada país varía, lo cierto es que a nivel de protección de fondo busca los mismos fines proteccionistas a través del establecimiento de garantías y prerrogativas en favor de los consumidores, así como obligaciones claras para los comerciantes.

7.1. Regulación en Guatemala

En Guatemala, mediante el Decreto Número 06-2003, se promulgó la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, con el objeto de promover, divulgar y defender los derechos de los consumidores y usuarios, establecer las infracciones, sanciones y los procedimientos aplicables en dicha materia. Las normas de esta Ley son tutelares de los consumidores y usuarios y constituyen un mínimo de derechos y garantías de carácter irrenunciable, de interés social y de orden público. Estando sujetos a las disposiciones de dicha ley todos los actos jurídicos que se realicen entre proveedores y consumidores y/o usuarios dentro del territorio nacional; se aplicará a todos los agentes económicos, se trate de personas naturales o jurídicas.⁴⁸⁴

En el caso de Guatemala, el artículo 44 de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, establece que “En caso de constatarse que un bien de consumo adolece de un defecto que constituye un peligro o riesgo aún utilizándolo adecuadamente, el proveedor del mismo deberá retirarlo del mercado o sustituirlo por otro a su costo. En todo caso, el proveedor deberá devolver al consumidor o usuario lo pagado por el producto, contra la presentación de éste en su respectivo envase cuando proceda y el documento que acredite la adquisición del mismo.”⁴⁸⁵

Complementando lo anterior, el numeral 46 del mismo cuerpo normativo, señala que “Quien incumpla las obligaciones consignadas en los artículos de esta sección deberá indemnizar al afectado por los daños y perjuicios que por sus hechos u omisiones ocasione, de acuerdo a las leyes del país. (...)”⁴⁸⁶

Nótese, además que el artículo 4, incisos e) y f), señala como derechos de los usuarios: “e) La reparación, indemnización, devolución de dinero o cambio del bien por

⁴⁸⁴ Véase, Congreso de la República de Guatemala, *Ley de protección al consumidor y usuario, Decreto ley N° 06-2003*, (Guatemala, 11 de febrero de 2003), 1-2, consultado el 22 de mayo de 2020, <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/gt/gt033es.pdf>

⁴⁸⁵ Congreso de la República de Guatemala, *Ley de protección al consumidor y usuario, Decreto ley N° 06-2003*, (Guatemala, 11 de febrero de 2003), 44, consultado el 22 de mayo de 2020, <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/gt/gt033es.pdf>.

⁴⁸⁶ *Ibíd.*, 46.

incumplimiento de lo convenido en la transacción y las disposiciones de ésta y otras leyes o por vicios ocultos que sean responsabilidad del proveedor. f) La reposición del producto o, en su defecto, a optar por la bonificación de su valor en la compra de otro o por la devolución del precio que se haya pagado en exceso, cuando la calidad o cantidad sea inferior a la indicada”⁴⁸⁷.

De los extractos anteriores, se colige que existe, en el caso Guatemalteco una regulación normativa en favor de los consumidores, protegiéndolos ante la existencia de vicios ocultos, que ocasionan un daño en su perjuicio. Es importante señalar que según, se desprende de lo señalado por Broy Rosell en el caso Guatemalteco también podría ser aplicable el tema de la responsabilidad objetiva, pues señala en casos como los descritos anteriormente (incumplimiento en perjuicio del consumidor), se debe:

“(…) dispensar al consumidor de la prueba de la imputación de la responsabilidad a título de culpa, porque con acreditarse la acción u omisión y el daño derivado de las mismas sería suficiente para que surja la obligación de indemnizar. Que en tal caso, dará lugar a la responsabilidad de quiénes producen, importan, suministran o facilitan el producto, servicio o actividad, a menos que se acredite que han cumplido debidamente las exigencias reglamentadas, cuidados y diligencias que exige la propia naturaleza de los mismos”⁴⁸⁸.

7.2. Regulación en El Salvador

En el caso salvadoreño, fue mediante Decreto Ley N° 776, del 31 de agosto de 2005, la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, decretó la Ley de Protección al Consumidor, con la finalidad de proteger los derechos de los consumidores a fin de procurar el equilibrio, certeza y seguridad jurídica en sus relaciones con los proveedores. Así mismo tiene por objeto establecer el Sistema Nacional de Protección al Consumidor y la Defensoría del Consumidor como institución encargada de promover y desarrollar la protección de los consumidores, disponiendo su organización, competencia y sus relaciones con los órganos e instituciones del Estado y los particulares, cuando requiera coordinar su actuación. (Salvador 2020)⁴⁸⁹, por su parte, el 12 de mayo de 2006, mediante el Decreto Ejecutivo N° 52, el Presidente de la República, decretó el Reglamento a la Ley de Protección al Consumidor, con la finalidad de ejecutar y desarrollar las disposiciones contenidas en la Ley de Protección al Consumidor. Al respecto la ley señala con respecto al tema de los productos defectuosos y las garantías a los consumidores lo siguiente:

Artículo 33: Las garantías ofrecidas por los proveedores sobre bienes y servicios, deberán expresarse claramente en el documento contractual o en documento anexo (...) Las garantías ofrecidas por el fabricante o

⁴⁸⁷Ibíd., 4.

⁴⁸⁸ Carlos Rubén Broy Rosell, “Análisis Jurídico del derecho de protección al consumidor en Guatemala y la función de la Dirección de Atención y Asistencia al consumidor en su aplicación” (Tesis de licenciatura en Derecho, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2020), 17, http://www.biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_8217.pdf

⁴⁸⁹ Véase en este sentido el artículo 1, Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, *Decreto Ley N° 776, Ley de Protección al Consumidor*, (El Salvador, 31 de agosto de 2005), consultado el 22 de mayo de 2020, <https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/30246BDD-7C04-4113-817B-6F6CA1FA3669.pdf>.

productor de los bienes y servicios, son obligatorias para sus distribuidores. En cualquier compraventa de bienes muebles nuevos no perecederos, el proveedor está obligado a garantizar al consumidor la calidad, cantidad, funcionamiento y seguridad de los mismos, acorde con el fin para el cual son fabricados. Artículo 33-A: El consumidor deberá comunicar el defecto de funcionamiento o la deficiencia del servicio por cualquier medio que garantice la constancia de su recepción, dentro de los treinta días siguientes a la fecha de haberlo descubierto. Art. 34: La garantía comprenderá las reparaciones necesarias para el buen funcionamiento del bien o la correcta prestación del servicio, y habiéndose intentado la reparación del defecto que reduce sustancialmente el uso, valor o seguridad del bien o servicio hasta dos veces sin poder corregirlo, el consumidor tendrá derecho a elegir entre las siguientes opciones: el cumplimiento de la oferta, si esto fuere posible; la sustitución del bien por otro de diferente naturaleza; y la reducción del precio o la devolución de lo pagado.⁴⁹⁰

La regulación anterior, resulta una consecuencia lógica, de lo establecido en el artículo 4 de ese mismo cuerpo normativo, cuando en el inciso i), en cuanto al derecho que le asiste al consumidor a: “Reclamar y recibir compensación en el caso que los productos o servicios sean entregados en calidad, cantidad o forma diferente de la ofrecida, pudiendo elegir cualquiera de las siguientes opciones: la reparación del bien, exigir el cumplimiento de la oferta de acuerdo a los términos originales, si esto fuere posible; a la reducción del precio, tasa o tarifa del bien o servicio; aceptar a cambio un producto o servicio diferente al ofrecido o la devolución de lo que hubiese pagado conforme a lo previsto en el Art. 34 de esta Ley”.

Valga señalar, que de acuerdo con lo resuelto por la Defensoría del Consumidor de El Salvador, en el caso de lo regulado en la Ley de rito, también se aplica el criterio de responsabilidad objetiva. Por ejemplo, en un caso de un daño sufrido por un consumidor al resolver se indicó: “Así pues la proveedora no ha probado dentro del procedimiento que el desperfecto ha sido provocado por un daño fortuito sufrido durante el servicio de la llanta. Lo anterior, evidencia que, en el presente caso, han quedado establecidos todos los presupuestos antes señalados: la existencia de la relación contractual, de la garantía de la llanta objeto de reclamo, la concurrencia de la falta y el incumplimiento de la proveedora de la garantía, pues tal como ha quedado demostrado, la llanta adquirida presentó daños, los cuales no fueron reparados por la proveedora

⁴⁹⁰ Véase en este sentido el artículo 33-34, Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, *Decreto Ley N° 776, Ley de Protección al Consumidor*, (El Salvador, 31 de agosto de 2005), 33-34, consultado el 22 de mayo de 2020, <https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/30246BDD-7C04-4113-817B-6F6CA1FA3669.pdf>.

(...)”.⁴⁹¹ Del anterior extracto, se aprecia con claridad meridiana que en el caso de marras, fue resuelto aplicando un criterio de responsabilidad objetiva.

7.3. Regulación en Honduras

En Honduras, mediante el Decreto Ley 24-2008, se decretó la Ley de Protección al Consumidor, con el objeto de proteger, defender, promover, divulgar y hacer que se cumplan los derechos de los consumidores regulando las relaciones de consumo que se establecen en el mercado para la adquisición de bienes y servicios, disponiendo los procedimientos aplicables, derechos, obligaciones, las infracciones y sanciones en dicha materia. Las disposiciones de dicha Ley, resultan aplicables a todas las relaciones de consumo que se contraten o provean en el territorio nacional, por personas naturales o jurídicas, públicas o privadas.⁴⁹²

Posteriormente, la Secretaría de Industria y Comercio, mediante acuerdo N° 15-2009, publicado el 9 de marzo de 2009 en el Diario Oficial, dictó el Reglamento a la Ley de Protección al Consumidor, con el objeto de desarrollar en detalle las disposiciones contenidas en la Ley de Protección al Consumidor, con la finalidad de facilitar su ejecución y observancia.

Con respecto a la protección de los consumidores frente a productos defectuosos, la citada ley en su artículo 9 establece como un derecho básico del consumidor la indemnización integral a este, “(...) en caso de daño producido por incumplimiento de lo convenido en la transacción y/o violación a las disposiciones de ésta y otras leyes por parte del proveedor.”⁴⁹³

Por su parte, en relación con el tema de las garantías⁴⁹⁴, el artículo 34 de la ley, establece el compromiso del proveedor para con el consumidor, para que en aquellos casos en que existan vicios o defectos originarios, que generen daños o perjuicios a los consumidores, que esta deba proceder con la reparación totalmente gratuita, por lo que la garantía alcanza todas las piezas y componentes que integran el bien, incluyendo la mano de obra sin cargo alguno para el consumidor. Además curiosamente, en esta misma ley, se prevé en los artículos 39 y 40 lo relativo a las acciones edilicias para el consumidor⁴⁹⁵.

7.4. Regulación en Nicaragua

⁴⁹¹ Véase en este sentido lo señalado por: Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor de El Salvador, *Resolución RTS* (El Salvador, 12 de enero de 2011), consultado el 22 de mayo de 2020, https://www.defensoria.gob.sv/wp-content/uploads/2015/04/Criterios_de_Proteccion_al_Consumidor.pdf

⁴⁹² Véase artículos 1 y 2 de la Ley de Protección al Consumidor de Honduras, Congreso Nacional de Honduras, *Decreto N° 24-2008, Ley de Protección al Consumidor*, (Honduras, publicado en el diario oficial el 7 de julio del 2008), 1-2, consultado el 22 de mayo de 2020, <https://www.tsc.gob.hn/web/leyes/Ley%20de%20Protecci%C3%B3n%20al%20Consumidor.pdf>

⁴⁹³ *Ibíd.*, 9.

⁴⁹⁴ Como complemento de lo anterior el reglamento a dicha ley regula lo relativo a la garantía en los artículos 21 al 27. Secretaría de Industria y Comercio, *Reglamento a la Ley de Protección al Consumidor* (Honduras, publicado en el Diario oficial el 15 de abril del 2009), 21-27, consultado el 22 de mayo de 2020, <http://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Documents/Reglamento%20de%20la%20Ley%20de%20Protecci%C3%B3n%20al%20Consumidor%20%2809%29.pdf>

⁴⁹⁵ Congreso Nacional de Honduras, *Ley de Protección al Consumidor de Honduras, Decreto N° 24-2008* (Honduras, publicado en el diario oficial el 7 de julio del 2008), 34, 39-40, consultado el 22 de mayo de 2020, <https://www.tsc.gob.hn/web/leyes/Ley%20de%20Protecci%C3%B3n%20al%20Consumidor.pdf>

En el caso nicaragüense, con respecto al establecimiento de instrumentos normativos para la protección de los consumidores, se dictó la Ley 842 de “Ley de Protección de los Derechos de las Personas Consumidoras y Usuarias”, la cual fue aprobada el 13 de junio 2013, Publicada en la Gaceta No. 129, del 11 de Julio del año 2013⁴⁹⁶, así como su reglamento, decreto 36-2013, publicado en la Gaceta No. 192, del 10 de Octubre del año 2013.

En este caso, el tema de la protección de los consumidores frente a los productos defectuosos pasa, al igual que los casos anteriores, por un tema de garantías. Desde este punto de vista la normativa nicaragüense, específicamente la Ley 842, establece en su artículo 39, la obligación de los proveedores de responder por la garantía ofrecida de conformidad con las condiciones de idoneidad, calidad, seguridad y buen funcionamiento, conceptos jurídicos indeterminados cuyo contenido deberá ser completado en aras de poder determinar cuáles son dichas condiciones.

Otro elemento interesante, es que en ese mismo Capítulo IX donde se contemplan el tema de las garantías, también, en el numeral 42 se incluye una garantía en cuanto a la reparación de los bienes. Por ejemplo, en el caso de reparación de vehículos automotores u otros bienes muebles (curioso el tema de que se separen), se prevé la posibilidad de plantear un reclamo, en cuyo caso se faculta a la parte proveedora, para retribuir a la parte agraviada lo relativo al costo de reparación previamente pagado, sin que esto sea óbice para que aún se proceda con el reclamo de daños y perjuicios.

Aunado a lo anterior, el artículo 45 de la misma ley, regula específicamente lo relativo a los bienes defectuosos, indicando que aquellos, con garantía vigente, que no funcionen de forma idónea, por causas imputables al proveedor, o por defecto del producto deben ser reparado. En este mismo sentido, se encuentra el artículo 34 del Decreto N° 36-2013, reglamento a la Ley 842⁴⁹⁷.

Nótese, que esta última parte en el enunciado anterior, en principio daría pie para la aplicación de la teoría de la responsabilidad objetiva en esta materia, pues la inclusión de la conjunción “o” en este caso es disyuntiva, razón por la cual aún cuando no sea por una causa que se le impute al proveedor, este debe proceder con la reparación del bien y cuando esto no sea posible, deberá reponer el bien (por otro de iguales características al esperado), o proceder con la devolución de las sumas pagadas. De hecho, en respaldo de esta tesis, el artículo 33 del reglamento a dicha ley Decreto N° 36-2013, establecer que cuando la persona consumidora exija el cumplimiento de la garantía, el proveedor está obligado a la reparación, reposición o devolución del dinero (en ese orden de prelación). Debiendo ser de efectuadas las dos primeras de forma gratuita, abarcando la gratuidad los temas de mano de obra, transportes y materiales.

⁴⁹⁶ Asamblea Nacional de la República de Nicaragua, *Ley 842, Ley de Protección de los Derechos de las Personas Consumidoras y Usuarias* (Nicaragua, aprobada el 13 de junio de 2013 y publicada en el diario oficial N° 129, del 11 de julio de 2013), consultado el 22 de mayo de 2020, <http://procompetencia.gob.ni/wp-content/uploads/2015/03/LEY-842-CONSUMIDORES1.pdf>.

⁴⁹⁷ Casa de Gobierno de la República de Nicaragua, *Decreto N° 36-2013, Reglamento de la Ley N° 842, Ley de Protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias* (Nicaragua, publicado en el diario oficial N° 192, del 10 de octubre de 2013), consultado el 22 de mayo de 2020, <https://www.mific.gob.ni/Portals/0/Documentos/DIPRODEC/Leves/Dec%20362013%20Rgto%20Ley%20842%20Ley%20proteccion%20personas%20consumidores%20y%20usuari.pdf?ver=2019-08-22-150648-033>.

Otro aspecto interesante, es que la ley separa la regulación de los bienes con vicios ocultos, agregando un artículo específico, el 46, en donde se indica que cuando se presenten estos, durante el plazo de vigencia de la garantía, la persona proveedora (en sentido amplio se interpreta), estará obligado a recibirlos y devolver las sumas pagadas por el consumidor, quien conserva la posibilidad de optar por recibir una rebaja en el precio, prescindiendo de cualquier reclamo posterior.

En consonancia con lo señalado anteriormente, respecto al tema de la responsabilidad objetiva, el artículo 48 de la Ley de rito, señala que se exonerará a la persona proveedora de responsabilidad, cuando se compruebe que el defecto proviene del uso indebido del bien por parte del consumidor, cuando este no ha atendido las instrucciones contenidas en el manual y la garantía; lo cual es conteste con un tema de responsabilidad objetiva, donde le corresponderá al proveedor demostrar la existencia de los eximentes de responsabilidad.

7.5. Regulación en Panamá

En el caso de Panamá, se encuentra la Ley N° 45 del 31 de octubre de 2007⁴⁹⁸, la cual “Dicta normas sobre protección al consumidor y defensa de la competencia y otra disposición”. Dicha ley, tiene por objeto proteger y asegurar el proceso de libre competencia económica y la libre concurrencia, erradicando las prácticas monopolísticas y otras restricciones en el funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios, para preservar el interés superior del consumidor.

En este sentido, y con el fin de establecer una instancia de protección de fiscalización, se creó la Autoridad de Protección del Consumidor y Defensa de la Competencia, legitimada para ejercitar acciones ante los tribunales de justicia, en razón de concentraciones económicas, prácticas monopolísticas o violaciones a las normas de protección al consumidor, excluyendo lo que sobre particular dispongan las leyes especiales.

Asimismo, y como parte del desarrollo de la citada ley, el Ministerio de Comercio e Industrias de la República de Panamá, reglamentó el Título II de Protección al Consumidor, el artículo 100, numeral 2 del Título III de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia y el Título V de Procedimiento Administrativo de la Ley 45 de 31 de octubre de 2007, que dicta normas sobre protección al consumidor y defensa de la competencia. Las normas contenidas, en dicho reglamento, aplican para todos los contratos o transacciones para la compra de bienes muebles, inmuebles y la prestación de servicios profesionales o técnicos destinados al consumidor que se perfeccionen en la República de Panamá.

En el caso Panameño, el artículo 42 de la Ley 45/2007, establece lo relativo a las garantías de los consumidores frente a productos defectuosos. Al respecto señala dicho artículo que “ *En todo contrato y operación de venta de bienes muebles nuevos, tales como artefactos electrodomésticos, mobiliarios, automóviles y otros, se entiende implícita la obligación de garantizar al comprador el funcionamiento normal y acorde*

⁴⁹⁸ Asamblea Nacional de la República de Panamá, Ley N° 45, (Panamá, publicado en el Diario Oficial el 7 de noviembre de 2007), consultado el 22 de mayo de 2020, <http://www.acodeco.gob.pa/acodeco/view.php?arbol=2&sec=1&pagi=0>

con el fin para el que son fabricados. Esta obligación será exigible siempre que, por defecto del producto o por causa imputable al fabricante, importador, distribuidor o proveedor, dichos bienes no funcionen adecuadamente". Es clara en esta redacción, que priva en este tipo de relaciones un tema de responsabilidad objetiva, donde deberá ser el fabricante, importador, distribuidor o proveedor, según donde fuera adquirido el bien, el que debe responder por ex lege por los daños en el funcionamiento de los bienes⁴⁹⁹. Además, igual que en el caso nicaragüense, se prevé un orden de prelación, para reparar, reemplazar o devolver las sumas pagadas por los consumidores en caso de mal funcionamiento, así como también se prevé en el artículo 43, una garantía en servicios de reparación de vehículos o automotores y bienes muebles .

Además, al igual que en el caso nicaragüense, se regula específicamente dentro del mismo capítulo relativo a las garantías, específicamente en su artículo 48, lo relativo a los vicios ocultos, y se establece que cuando los defectos o vicios presentados por los bienes, hagan imposible el uso para el que son destinados, o que disminuyan de tal modo su calidad o la posibilidad de su uso, de forma que de haberlos conocido el consumidor con anterioridad, este no los hubiera adquirido o hubiera dado un menor precio por ellos, el proveedor estará obligado a recibirlos y a devolver las sumas pagadas por el consumidor, no obstante, también al igual que en el caso nicaragüense, si el consumidor así lo desea, puede recibir una rebaja en el precio, renunciando a su derecho a plantera un reclamo posterior.

7.6.Regulación en Costa Rica

En Costa Rica, en el año de 1995, mediante publicación en el diario oficial, entró en vigencia la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (Ley N° 7472)⁵⁰⁰, con el objetivo de proteger, efectivamente, los derechos y los intereses legítimos del consumidor, la tutela y la promoción del proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención, la prohibición de monopolios, las prácticas monopolísticas y otras restricciones al funcionamiento eficiente del mercado y la eliminación de las regulaciones innecesarias para las actividades económicas.

La normativa contenida en dicha ley, según lo establecido en su artículo 9, se aplica a todos los agentes económicos, a excepción de los concesionarios de servicios públicos en virtud de una ley, de aquellos que ejecuten actos debidamente autorizados en leyes especiales y de los monopolios del Estado, todos ellos en los términos y las condiciones que establezca su normativa.

Asimismo, a través de dicho cuerpo normativo, y a efectos de promover la competencia, se creó la Comisión para promover la competencia, como órgano de máxima desconcentración; estará adscrita al Ministerio de Economía, Industria y Comercio. Se encargará de conocer, de oficio o por denuncia, y sancionar, cuando

⁴⁹⁹ Véase en este sentido el artículo 46 de la ley. Asamblea Nacional de la República de Panamá, *Ley N° 45*, (Panamá, publicado en el Diario Oficial el 7 de noviembre de 2007), 46, consultado el 22 de mayo de 2020, <http://www.acodeco.gob.pa/acodeco/view.php?arbol=2&sec=1&pagi=0>

⁵⁰⁰ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, *Ley N° 7472, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor*, (San José, Costa Rica, del 9 de diciembre de 1994, publicada en el diario oficial La Gaceta N° 14, del 19 de enero de 1995), consultado el 22 de mayo de 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=26481&nValor3=92463&strTipM

proceda, todas las prácticas que constituyan impedimentos o dificultades para la libre competencia y entorpezcan innecesariamente la fluidez del mercado.

Aunado a lo anterior, con la finalidad expresa de definir las reglas necesarias para la interpretación y aplicación de la Ley 7472, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto Ejecutivo D-25234-MEIC, denominado Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, el cual posteriormente, ante la necesidad de ser actualizado, se reformó integralmente en el año 2010 mediante Decreto Ejecutivo N° 36234-MEIC del 30 de setiembre de 2010, publicado en el La Gaceta N° 211 del 1° de noviembre de 2010, para volverse a reformar mediante el Decreto Ejecutivo 37899-MEIC, del 8 de julio de 2013, con la finalidad de modificar el capítulo de ventas a plazo y prestación futura de servicios, en aras de dimensionar lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley N° 7472 y procurar una defensa efectiva de los derechos e intereses legítimos de los consumidores⁵⁰¹.

En apego a lo anterior, en su artículo 30, se establece como principio general la prohibición de “monopolios públicos o privados, así como las prácticas que impidan o limiten la competencia, impidiendo el acceso de competidores al mercado o promoviendo su salida. La Administración Pública debe proteger el ejercicio de la libertad de empresa y promover la libre competencia”.⁵⁰²

Ahora bien, en relación con el tema de la protección de los consumidores, frente a los productos defectuosos y la responsabilidad de los comercios, la Ley 7472, y el primer reglamento a dicha ley, establecieron respectivamente en sus artículos 35 y 42, un régimen de responsabilidad objetiva, señalando que “El productor, el proveedor de bienes o servicios y el comerciante deben responder concurrente e independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos”.⁵⁰³

Valga resaltar, que esta inclusión expresa fue novedosa si se toma en consideración que tanto la ley como su primer reglamento, fueron publicados de forma muy anterior al dictado de las leyes de los otros países que han sido analizadas, lo cual evidencia la visión a futuro que tuvo tanto la Asamblea Legislativa como el Poder Ejecutivo de Costa Rica, en cuanto a la regulación de este tipo de relaciones comerciales.

⁵⁰¹ Presidente de la República y Ministra de Economía, Industria y Comercio, de la República de Costa Rica, *Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva el Consumidor, Decreto Ejecutivo N° 37899-MEIC*, (Costa Rica, del 8 de julio de 2013), consultado el 22 de mayo de 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=75696&nValor3=119695&strTipM=TC

⁵⁰² Presidente de la República y Ministro de Economía, Industria y Comercio, de la República de Costa Rica, *Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva el Consumidor, Decreto Ejecutivo N° 25234-MEIC* (Costa Rica, del 25 de enero de 1996), consultado el 22 de mayo de 2020, <https://www.tobaccocontrol.org/files/live/Costa%20Rica/Costa%20Rica%20Regulations%20on%20Law%20to%20Promote%20Competition%2C%20Consumer%20Protection%20-%20national.pdf> Valga señalar que tanto la numeración como la redacción de ese artículo permanecen sin cambio en el reglamento vigente actualmente, Decreto Ejecutivo N° 37899-MEIC.

⁵⁰³ Véase en este sentido el artículo 35 de la Ley 7472 de Defensa al Consumidor y el artículo 42 del primer Reglamento a la Ley de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.

Curiosamente, la Ley, en el artículo citado, incluyó a diferencia del derogado reglamento, una cláusula eximente de responsabilidad, en el tanto sólo puede liberarse a aquellos productores, proveedores y comerciantes que demuestren que han sido ajenos al daño. Se complementa lo anterior, estableciendo una cláusula de imputación de responsabilidad a los representantes de los establecimientos mercantiles (o en su caso a los encargados del negocio), por los actos o hechos propios y los de sus dependientes o auxiliares, así como también, responderán solidariamente, los técnicos encargados de la elaboración y el control por las violaciones a la Ley 7472, en perjuicio del consumidor.

En este mismo sentido, y haciendo mención expresa al tema de responsabilidad objetiva, se encuentra el artículo 142, del actual reglamento a dicha ley⁵⁰⁴, el cual señala en lo que interesa que “(...)La responsabilidad prevista en el artículo 35 de la Ley, aplicará tanto al productor u organizador, la empresa tiquetera o plataforma de venta de entradas, los puntos de venta, y a las entidades adquirentes. La responsabilidad contemplada en este artículo es objetiva, por lo que no se estará al grado de diligencia o negligencia con que hayan actuado los agentes señalados, sin perjuicio de las acciones de repetición que entre ellos correspondan.”.

A mayor abundamiento, y al igual que se recoge en la normativa de los otros países analizados, en el artículo 194 del reglamento actual a la Ley 7472, se establece que: “Los agentes económicos y los proveedores de bienes o servicios, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, incurrirán en responsabilidad tanto por los hechos propios como por los de sus dependientes o auxiliares, permanentes o circunstanciales, aun cuando no tengan con ellos una relación laboral”, y en el artículo 196, se le da a esa responsabilidad, de forma expresa, un carácter objetivo, señalándose que: “Si del bien o servicio se produjere un daño para el consumidor, responderán concurrentemente el productor, el importador, el distribuidor, el comercializador y, en general, todo aquél que haya puesto su marca o distintivo comercial en el bien o servicio. La responsabilidad contemplada en este artículo es objetiva, por lo que no se estará al grado de diligencia o negligencia con que hayan actuado los agentes señalados, sin perjuicio de las acciones de repetición que entre ellos correspondan”.

Además, se establece una extensión de la responsabilidad objetiva, para que este abarque las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles, e incluye el daño patrimonial y extrapatrimonial, lo cual resulta en un tema novedoso y de mayor protección en cuanto a las garantías que se otorgan a los consumidores.

De hecho, este tema pese haber sido promulgada muchos años antes, también se vislumbraba ya en la Ley 7472, en la que exista una obligación para los proveedores, en cuanto al tema de información para los consumidores, en relación con productos defectuosos. De este modo se indica en el artículo 39: “(...) cuando se vendan productos defectuosos, usados o reconstruidos, antes de la compra, el comerciante debe indicar al consumidor, de manera precisa y clara, tales condiciones y dejarse constancia en las

⁵⁰⁴ Presidente de la República y Ministra de Economía, Industria y Comercio, de la República de Costa Rica, *Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva el Consumidor, Decreto Ejecutivo N° 37899-MEIC*, (Costa Rica, del 8 de julio de 2013), 142, consultado el 22 de mayo de 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=75696&nValor3=119695&strTipM=TC

facturas o los comprobantes. El comerciante debe advertir los extremos anteriores si anuncia la venta de esos productos usando cualquier medio. Si no existe advertencia sobre el particular, esos bienes se consideran nuevos y en perfecto estado”.⁵⁰⁵

Es evidente que en esta materia, se ha procurado, según se ha visto también en los demás países, buscar establecer un régimen de protección para los consumidores, parte más débil de la relación comercial. En este sentido se han establecido un régimen de garantías, en procura de materializar esta protección, el cual en el caso costarricense contempla incluso, de forma implícita, una garantía mínima de 30 días (pues a mayor plazo acordado por las partes en el contrato este prevalece), para todo bien que se venda, en cuanto al cumplimiento de los estándares de calidad y los requerimientos técnicos que, por razones de salud, medio ambiente y seguridad, establezca la normativa aplicable en la materia.⁵⁰⁶

En este caso a diferencia, de lo que ha sido señalado para los casos de Nicaragua y Panamá, no existe una regulación aparte del tema de los vicios ocultos, aspecto que se considera adecuado según lo señalado en el acápite 5 del presente trabajo, pues en el fondo se trata de un mismo tema de garantía ante la falta de correspondencia de un bien con lo pactado. En su lugar en el mismo artículo 43 de la Ley 7472, se estipula que cuando se trate de daños ocultos (terminología distinta pero que refiere al mismo fenómeno previamente analizado), del bien que no se hayan advertido expresamente, el plazo de los 30 días comienza a partir del momento en que se conocieran esos daños.

Una vez analizados los distintos instrumentos normativos, se determina la existencia de importantes semejanzas tanto a nivel de garantías para los consumidores, ante la obtención de productos defectuosos los cuales difieren principalmente en aspectos de forma que de fondo, así como también en cuanto al tema de la aplicación de la teoría de la Responsabilidad Objetiva, pues según vimos, en el contenido de las normativas antes analizadas, se establece esa obligación para el proveedor de demostrar que no fue responsable por los daños que sufrieron los consumidores, es decir, se materializa la inversión de la carga probatoria propia de este tipo de régimen de responsabilidad.

Es evidente, la existencia de semejanzas considerables en cuanto a la regulación de los mecanismos de defensa de los consumidores frente a un incumplimiento por parte del proveedor, en cuanto a la entrega de un bien que no cumpla con el objetivo para el que fue creado, presente daños o alteraciones que impliquen un menoscabo para el adquirente. En este contexto de simetrías, pareciera una posibilidad interesante la de establecer un instrumento jurídico, aplicable a nivel regional, que venga a regular este tipo de relaciones comerciales en un nivel supranacional, y que por qué no también sirva para complementar estas normas en aquellos ámbitos o supuestos en los que exista vacío, laguna, o antinomia jurídica.

⁵⁰⁵ Ver artículo 39 de la Ley de la Promoción de la Ley 7472. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, *Ley N° 7472, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor*, (San José, Costa Rica, del 9 de diciembre de 1994, publicada en el diario oficial La Gaceta N° 14, del 19 de enero de 1995). 39, consultado el 22 de mayo de 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=26481&nValor3=92463&strTipM

⁵⁰⁶ *Ibíd.*, 43.

Es en ese contexto y con la finalidad de establecer una protección al consumidor centroamericano que el Consejo Centroamericano de Protección al Consumidor, ha buscado propiciar un diálogo entre los países miembros del SICA, tendiente al establecimiento de una normativa común centroamericana en esta materia.

8. En busca de la protección regional de los consumidores frente a productos defectuosos. El Desarrollo de una normativa centroamericana.

El Consejo Centroamericano de protección al Consumidor (CONCADECO) es un organismo que pertenece al Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), creado el 18 de mayo de 2007, y aglutina a las agencias gubernamentales de protección al consumidor de cada uno de los países de la región, en la búsqueda de la armonización de políticas públicas de los gobiernos centroamericanos, como presupuesto para la protección de los derechos de los consumidores de esa región.

De ahí que el Consejo, se ha abocado a la tarea de buscar mecanismos que propendan a la solución de temas importantes relativos a los derechos de los consumidores en el contexto de relaciones comerciales supranacionales, en el ámbito centroamericano⁵⁰⁷. Dentro de este contexto el 14 de diciembre de 2009, fue suscrito el

⁵⁰⁷ Es importante mencionar en el tema de evolución histórica que en el marco de la integración centroamericana, específicamente en materia de análisis de estado de las cuestiones y desarrollo de normativa en materia del consumidor, en el 2006, durante una reunión del Consejo de Ministros de Integración Económica (COMIECO), se creó el Grupo de Trabajo de Política de Competencia en la Integración Económica Centroamericana (GTPCC), el cual buscaba promover la competencia en la región e intercambiar conocimientos y experiencias entre los países centroamericanos que contaban con leyes de competencia, y apoyar (cuando era así requerido) a los países que no contaban con esta. Posteriormente, el 14 de marzo de 2012, la GTPCC, evoluciona y se convierte en la Red Centroamericana de Autoridades Nacionales Encargadas del Tema de Competencia (RECAC), el cual ofreció simetría de acuerdos y compromisos mutuos que complementan a los acuerdos suscritos entre las autoridades de competencia centroamericanas. Una de las principales labores que desempeña la RECAC, es el impulso de la creación de una norma regional de competencia, así como también, de una autoridad centroamericana de competencia que la aplique. En la actualidad los elementos fundamentales de la propuesta técnica de norma regional son: se concibe como objeto de la norma la protección y promoción de la libre competencia (en adelante NRC), a fin de procurar el funcionamiento eficiente del mercado y el bienestar de los consumidores, el instrumento aplicaría a todos los actos, conductas o prácticas anticompetitivas realizadas por cualquier agente económico, que restrinjan, limiten o falseen las condiciones de competencia, e involucran dos o más Estados Parte, y a todas las actividades que tengan por objetivo promover la competencia en la región, respecto de las concentraciones económicas, es el interés mayoritario que la Norma aplique a aquellas que de acuerdo a dicho instrumento puedan disminuir, restringir, limitar o dañar las condiciones de competencia en más de un mercado nacional centroamericano y que, por ello, sea necesaria su notificación en dos o más Estados Parte, y en la Norma se acuerda la creación de un ente encargado de su aplicación, que a la fecha, por perspectiva mayoritaria, se propone como una Autoridad Centroamericana de la Competencia independiente, adecuadamente equipada, y con sede en un país de la región. La NRC faculta a la Autoridad Centroamericana para realizar: actividades de abogacía y relativas a la eliminación de barreras a la competencia en el proceso de integración económica, investigar prácticas anticompetitivas, y aprobar el Reglamento de desarrollo de la Norma y cualquiera de carácter interno. La opinión mayoritaria es que también debería de poder sancionar por transgresiones a la NRC, y ejercer el control de las concentraciones económicas de conformidad con el Instrumento. La Red continúa impulsando el proceso de discusión entre especialistas del tema, basado en elementos técnicos y académicos, para aportar al trabajo de los sujetos encargados del análisis, revisión y aprobación del instrumento que permita, esencialmente, promover y proteger la competencia a nivel regional y cumplir con los compromisos del Acuerdo de Asociación entre Centroamérica y la Unión Europea. Para profundizar sobre este tema puede consultarse el documento denominado Informe de Evaluación Final, BID Proyecto ATN/OC 11812-RG. Consejo Centroamericano de Protección al Consumidor, *Informe de Evaluación Final, BID Proyecto ATN/OC 11812-RG. Modelo*

Convenio de Cooperación Técnica Regional No Reembolsable No. ATN/OC 11812 “Modelo Normativo e Institucional para una Política de Competencia Regional”, el cual tenía como propósito de los países beneficiarios del proyecto: Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica y Panamá, el de “desarrollar un modelo normativo e institucional para una Política de Competencia Regional que contribuyera al incremento de la contestabilidad del mercado común centroamericano con acciones dirigidas a la eliminación de barreras de entrada a los mercados y la reducción de prácticas anticompetitivas.”⁵⁰⁸

Es así que, mediante la materialización de los compromisos establecidos por los países miembros del SICA, en el Protocolo de Guatemala, se ha buscado desarrollar un “Reglamento Centroamericano de Competencia”, que cuente con su respectivo órgano de aplicación.⁵⁰⁹ Actualmente, dicha normativa aún se encuentra en desarrollo, por parte de especialistas en la materia, quienes no renuncian a lograr una regulación que satisfaga las necesidades del área y que logre resultar atractiva para los países miembros, de forma que se facilite su discusión y eventual aprobación. De hecho, según el informe de evaluación final del “Modelo Normativo e Institucional para una Política de Competencia Regional (BID Proyecto ATN/OC 11812-RG)⁵¹⁰, se puede concluir que el Proyecto, cuyo objetivo ha sido la adopción de una Política Regional de Competencia en la región de Centroamérica, ha logrado un grado alto de efectividad, habiendo logrado un avance sustantivo en la consecución de una meta ambiciosa y de alto perfil político, a la vez que crecientemente valorada por los países beneficiarios.

9. Conclusiones

Normativo e Institucional para una Política de Competencia Regional, consultado el 22 de mayo de 2020, <http://www.acodeco.gob.pa:8080/RECAC/pdf/OP-EvaluacionBID-DP.pdf>

⁵⁰⁸ Consejo Centroamericano de Protección al Consumidor, *Informe de Evaluación Final, BID Proyecto ATN/OC 11812-RG. Modelo Normativo e Institucional para una Política de Competencia Regional*, consultado el 22 de mayo de 2020, <http://www.acodeco.gob.pa:8080/RECAC/pdf/OP-EvaluacionBID-DP.pdf>

⁵⁰⁹ Esto surge como parte del cumplimiento de los compromisos adquiridos en virtud del título VII del Acuerdo por el que se establece una asociación entre la Unión Europea y sus Estados miembro, por un lado y por con Centroamérica por el otro. Este Acuerdo de Asociación entre Centroamérica y la Unión Europea (ADA UECA), establece una asociación política y económica entre las regiones, basada en la reciprocidad, el interés común y la profundización de sus relaciones en todos los ámbitos. Establece un Pilar de Cooperación que abarca todos los temas que estaban contemplados en acuerdos regionales previos sobre cooperación, que busca de forma adicional incluir nuevos temas como resultado del proceso de consulta con los sectores productivos y la sociedad civil, y que anteriormente no habían sido incorporados en el Acuerdo de Roma. El Pilar de Cooperación, posee un enfoque de las condiciones futuras a las que se enfrentará la región, con la intensificación de la cooperación en materia política, comercial, económica y financiera; científica, tecnológica, social, cultural y de integración, así como en otros ámbitos de interés mutuo y podrá ampliarse a otros ámbitos que las partes acuerden.

⁵¹⁰ Consejo Centroamericano de Protección al Consumidor, *Informe de Evaluación Final, BID Proyecto ATN/OC 11812-RG. Modelo Normativo e Institucional para una Política de Competencia Regional*, consultado el 22 de mayo de 2020, <http://www.acodeco.gob.pa:8080/RECAC/pdf/OP-EvaluacionBID-DP.pdf>

Una vez realizados los anteriores acápite y visto el alcance normativo que existe a nivel centroamericano respecto a la protección de los consumidores en sus relaciones comerciales, frente a la obtención de productos que se consideran defectuosos se pueden deducir las siguientes conclusiones:

- a) El proceso de evolución histórica del tema de la responsabilidad que se genera producto del intercambio comercial en una relación contractual, en la cual una de las partes de la relación recibe un bien en condiciones distintas a las pactadas, ha sido complejo y ha transcurrido por distintas etapas que fueron fijando los derroteros de la discusión doctrinal y judicial, hasta llegar a la implementación de la regulación propia de la teoría del riesgo, culminando en un sistema de responsabilidad de corte objetivo, que busca proteger a la parte más desprotegida de la relación contractual, en aras de que no se conculquen sus derechos de recibir la contraprestación (entrega del bien), no sólo en los términos pactados, sino en las condiciones propias para su funcionamiento óptimo.
- b) La condición que debe revestir un bien para que sea considerado como “defectuoso”, pasa por el tamiz del análisis sobre el tema de las características y condiciones esperadas del bien objeto de la relación contractual, y la existencia de daños y posibles vicios ocultos, que den al traste con la utilización “normal”, esperable de este. Siendo que cuando se obtenga un resultado que imposibilite su uso en esos términos, se estaría en presencia de un supuesto hecho que sirve de base para el reclamo y reparación a los consumidores
- c) En el caso de los bienes con daños o vicios ocultos, suele establecerse, a nivel normativo, un orden de prelación para que el proveedor responda ante los consumidores, entendido como: reparación, sustitución y por último la devolución del monto pagado por el bien. También se establece, en algunos casos, la posibilidad de que los consumidores acepten una rebaja en el precio, renunciando, eso sí, a su derecho de presentar un eventual reclamo por los daños que hayan sufrido.
- d) A nivel centroamericano, la naturaleza de la responsabilidad por productos defectuosos que priva en las relaciones comerciales, de intercambio de bienes muebles, es de índole objetiva, invirtiendo la carga probatoria sobre la relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño ocasionado, debiendo ser el proveedor, quien, en virtud de la teoría del riesgo, como presunción iuris tantum, deba probar que no es responsable en aras de que se rompa la relación de causalidad que justifica la reparación del daño o indemnización, que en principio, le asistirían al consumidor.
- e) En procura de la protección de los consumidores centroamericanos, a nivel normativo, se han establecido en los distintos ordenamientos jurídicos analizados, un sistema de garantías que regula cuándo, cómo y en qué condiciones deberá repararse a los consumidores que fuesen agraviados producto de la entrega de un bien defectuoso.
- f) A nivel centroamericano, se han creado distintas instituciones que velan por el resguardo de las relaciones de consumo, y el desarrollo de esta materia en

beneficio de los Estados miembros del Sistema de Integración Centroamericana. En este sentido encontramos el Consejo Centroamericano de Protección al Consumidor, tendiente a procurar la creación de mecanismos conjuntos que permitan fortalecer la defensa y protección de los derechos de los consumidores centroamericanos, así como desarrollar e intensificar las relaciones de protección al consumidor de Centroamérica. Así como también, existe actualmente la Red Centroamericana de Autoridades Nacionales Encargadas del Tema de Competencia, que busca, entre otras cosas, promover la creación de una norma regional y de una autoridad centroamericana que aplique dicha normativa.

- g) Existe un marcado interés a nivel de los países que forman parte del Sistema de Integración Económica Centroamericana (SIECA), por establecer una normativa regional en materia de competencia, cuya implementación y fiscalización le competaría a un órgano regional (supranacional), que aún se debate, si deba tener la facultad de imponer de forma coercitiva sus resoluciones .
- h) Según el informe de evaluación final del proyecto denominado “Modelo Normativo e Institucional para una Política de Competencia Regional (BID Proyecto ATN/OC 11812-RG), se puede concluir que este proyecto, cuyo objetivo ha sido la adopción de una Política Regional de Competencia en la región de Centroamérica, ha logrado un grado alto de efectividad, habiendo logrado un avance sustantivo en la consecución de una meta ambiciosa y de alto perfil político, a la vez que crecientemente valorada por los países beneficiarios.

i) Existen temas de alto perfil político y suma complejidad técnica, que han dificultado llegar al consenso necesario para el desarrollo e implementación de dicha normativa. Según se indica en el precitado informe final, se trata de los siguientes: 1) El disenso en cuanto al ámbito de aplicación de la Legislación y de la Autoridad de Competencia, debido al nivel disperso de los avances del tema en cada uno de los Países de la Región. 2) la existencia de autoridades de Comercio que pretenden limitar el alcance de la Norma a los avances del Proceso de Integración Centroamericano”. 3) El disenso en cuanto a la facultad sancionadora de la autoridad regional, la información confidencial y la Ayuda Pública. 4) Los alcances de la norma regional. De quién depende la autoridad regional. Facultades de la autoridad regional. ¿Abogacía de la competencia o facultad para sancionar? Exenciones. 5) Jurisdicción de la institución supranacional y su presupuesto. 6) El hecho de que algunos países no tengan el mismo nivel de coordinación entre comercio y competencia. Hay consenso entre las autoridades de competencia, pero en algunos países no hay consenso entre las autoridades de competencia y las de comercio. 7) El hecho de que Guatemala no tenga política de competencia lo cual genera más lentitud en el avance”. 8) La existencia de especial cautela en cuanto a la delegación de la soberanía nacional a autoridades regionales, no solo en los temas competencia.

BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley N° 7472, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor*. San Jose, Costa Rica, del 9 de diciembre de 1994, publicada en el diario oficial La Gaceta N° 14, del 19 de enero de 1995. Consultado el 22 de mayo de 2020. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=26481&nValor3=92463&strTipM
- Asamblea Legislativa de la República de El Salvador. *Decreto Ley N° 776, Ley de Protección al Consumidor*. El Salvador, 31 de agosto de 2005. Consultado el 22 de mayo de 2020. <https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/30246BDD-7C04-4113-817B-6F6CA1FA3669.pdf>
- Asamblea Nacional de la República de Nicaragua. *Ley 842, Ley de Protección de los Derechos de las Personas Consumidoras y Usuarías*. Nicaragua, aprobada el 13 de junio de 2013 y publicada en el diario oficial N° 129, del 11 de julio de 2013. Consultado el 22 de mayo de 2020. <http://procompetencia.gob.ni/wp-content/uploads/2015/03/LEY-842-CONSUMIDORES1.pdf>
- Asamblea Nacional de la República de Panamá *Ley N° 45*. Panama, publicada en el diario oficial el 7 de noviembre de 2007. Consultado el 22 de mayo de 2020. <http://www.acodeco.gob.pa/acodeco/view.php?arbol=2&sec=1&pagi=0>
- Broy Rosell, Carlos Rubén. “Análisis Jurídico del derecho de protección al consumidor en Guatemala y la función de la Dirección de Atención y Asistencia al consumidor en su aplicación”. Tesis de licenciatura en Derecho, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2020. http://www.biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_8217.pdf
- Casa de Gobierno de la República de Nicaragua. *Decreto N° 36-2013, Reglamento de la Ley N° 842, Ley de Protección de los derechos de las personas consumidores y usuarias*. Nicaragua, publicado en el diario oficial N° 192, del 10 de octubre de 2013. Consultado el 22 de mayo de 2020. <https://www.mific.gob.ni/Portals/0/Documentos/DIPRODEC/Leyes/Dec%2036-2013%20Rgto%20Ley%20842%20Ley%20proteccion%20%20personas%20consumidores%20y%20usuari.pdf?ver=2019-08-22-150648-033>
- Coleman, Jules. *Riesgos y daños*. Madrid, España: Marcial Pons, 2010.
- Congreso de la República de Guatemala. *Ley de protección al consumidor y usuario, Decreto ley N° 06-2003*. Guatemala, 11 de febrero de 2003. Consultado el 22 de mayo de 2020. <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/gt/gt033es.pdf>
- Congreso Nacional de Honduras. *Decreto N° 24-2008, Ley de Protección al Consumidor*. Honduras, publicado en el diario oficial el 7 de julio del 2008. Consultado el 22 de mayo de 2020. <https://www.tsc.gob.hn/web/leyes/Ley%20de%20Protecci%C3%B3n%20al%20Consumidor.pdf>
- Consejo Centroamericano de Protección al Consumidor. *Informe de Evaluación Final, BID Proyecto ATN/OC 11812-RG. Modelo Normativo e Institucional para una*

Política de Competencia Regional. Consultado el 22 de mayo de 2020, <http://www.acodeco.gob.pa:8080/RECAC/pdf/OP-EvaluacionBID-DP.pdf>

- Guevara Fragozo, José Miguel. "La responsabilidad objetiva en la protección del derecho del consumidor: ¿Es una cuestión de Estado?". *Revista Vis Iuris*, vol 2, no. 4 (Julio-diciembre, 2015).
- Juárez Torrejón, Ángel. *La protección contractual del consumidor por faltas de conformidad de los productos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- Lexis Nexis. *MacPherson v. Buick Motor Co.* -217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (1916). Lexis Nexis. Consultado el 22 de mayo de 2020. <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-macpherson-v-buick-motor-co>.
- Morales Moreno, Antonio Manuel. "Tres modelos de civilización del vendedor en las cualidades de las cosas". *Anuario de Derecho Civil*, vol. 65, no. 1 (2012).
- Oviedo Albán, Jorge. "Los requisitos del vicio redhibitorio en la compraventa según el Código Civil chileno-colombiano". *Revista de Derecho Privado*, no. 30 (enero-junio, 2016).
- Presidente de la República y Ministra de Economía, Industria y Comercio, de la República de Costa Rica. *Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva el Consumidor, Decreto Ejecutivo N° 37899-MEIC*. Costa Rica, del 8 de julio de 2013. Consultado el 22 de mayo de 2020. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=75696&nValor3=119695&strTipM=TC
- Presidente de la República y Ministro de Economía, Industria y Comercio, de la República de Costa Rica. *Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva el Consumidor, Decreto Ejecutivo N° 25234-MEIC*, (Costa Rica, del 25 de enero de 1996, publicado al Alcance 38 del diario oficial La Gaceta N° 124 del 1 de julio de 1996. Consultado el 22 de mayo de 2020. <https://www.tobaccocontrol.org/files/live/Costa%20Rica/Costa%20Rica%200%20Regulations%20on%20Law%20to%20Promote%20Competition%2C%20Consumer%20Protection%20-%20national.pdf>
- Prosser, William Lloyd. "The Fall of the Citadel. Strict Liability to the Consumer". *Minnesota Law Review*, (1966).
- Roselló Manzano, Rafael. "El derecho de daños, la responsabilidad por producto y la protección de los consumidores" *Opinión Jurídica*, vol. 8, no. 15 (enero-junio, 2009).
- Rubino, Domenico. *La compravendita*. Milan: Giuffrè Editore, 1962.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Resolución no. 37*. San José, Costa Rica, a las 11:10 horas, del 28 de mayo de 1993. Consultado el 22 de mayo de 2020. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-159045>
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. *Sentencia 655*. Costa Rica, de las 15:05 horas, 19 de setiembre de 2007).

- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. *Resolución 1098-09*. San José, Costa Rica, a las 14:45 horas, del 22 de octubre de 2009. Consultado el 22 de mayo de 2020. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-457202>
- Secretaría de Industria y Comercio. *Reglamento a la Ley de Protección al Consumidor*. Honduras, publicado en el Diario oficial el 15 de abril del 2009. Consultado el 22 de mayo de 2020. <http://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Documents/Reglamento%20de%20la%20Ley%20de%20Protecci%C3%B3n%20al%20Consumidor%20%2809%29.pdf>
- Salvador Doderch, Pablo, José Piñero Salguero y Antoni Rubí Puig. "Responsabilidad civil del fabricante y teoría general de la aplicación del derecho ("Law enforcement")". *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, no. 4 (2003).
- Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor de El Salvador. *Resolución RTS*. El Salvador, 12 de enero de 2011. Consultado el 22 de mayo de 2020. https://www.defensoria.gob.sv/wpcontent/uploads/2015/04/Criterios_de_Proteccion_al_Consumidor.pdf
- Ulate Chacón, Enrique Napoléon. "El Instituto de la Responsabilidad Agraria (objetiva) en la legislación especial y la jurisprudencia costarricense". *Revista Judicial*, no. 120 (enero, 2017).
- Vásquez Ferreira, Roberto. *Responsabilidad por daños (Elementos)*. Buenos Aires: De Palma, 1993.
- Woolcott, Olenka. "La naturaleza de la responsabilidad del productor a la luz del derecho norteamericano". *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol X, no. 19, (enero-junio, 2007).

Armonización del Sistema de Pagos en la región Centroamericana y República Dominicana

*Yenory Morales Conejo⁵¹¹

SUMARIO. 1.Introducción 2. Consejo Monetario Centroamericano (CMCA) 3. Tratado de Sistema de Pagos de Centroamérica y República Dominicana. 3.1 Antecedentes 3.2 Beneficios. 3.3 Países que lo han ratificado. 4. Rol de los Bancos Centrales de Centroamérica y República Dominicana en el Tratado de Sistema de pagos. 5. Sistema Nacional de Pagos Electrónicos 5.1.Antecedentes del Sistema de Pagos en Costa Rica. 5.2. Sistema Interbancarios de Negociación y Pago Electrónico (Sinpe). 5.3 Características de otros sistemas de pagos en otros de la región. 6. Sistema de interconexión de Pagos de Centroamérica y República Dominicana (SIPA). 7. Armonización del Sistema de Pagos. 8. Conclusiones 9. Referencias Bibliográficas.

RESUMEN:

El Tratado Sobre Sistemas de Pagos y Liquidación de Valores ha sido catalogado por muchos profesionales como un logro sobresaliente de la región centroamericana. Su entrada en vigencia permitió a los países miembros incorporar en su derecho interno, con un rango superior, un cuerpo de normas que refleja los estándares internacionales más relevantes sobre la materia, otorgando suficiente seguridad jurídica a los sistemas ya existentes. Por su parte, el ordenamiento jurídico de cada país implementó la normativa derivada necesaria con el fin de propiciar la integración financiera. El Tratado constituye un sólido apoyo al proceso de apertura comercial de la región, garantizando la eficiencia y seguridad de los sistemas financieros, como lo son, el Sistema Nacional de Pagos Electrónicos (SINPE), el Sistema de Interconexión de Pagos de Centroamérica y República Dominicana (SIPA), como elementos que coadyuvan al desarrollo económico y el bienestar de la población centroamericana.

1. Introducción

El Consejo Monetario Centroamericano (CMCA) es un Órgano del Subsistema de Integración Económica del Sistema de la Integración Centroamericana (SIECA). El CMCA tiene un interés primordial en el desarrollo y fortalecimiento de los sistemas de pagos y circulación de valores, mismos que encuentran fundamento legal en el

⁵¹¹ Abogada destacada en la Subdirección Técnico Jurídica de la Dirección de Servicio al Contribuyente del Ministerio de Hacienda. Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Centroamérica con la Obtención del Cum Laude. Egresada de la Maestría en Derecho Notarial y Registral de la Universidad de Costa Rica. Máster en Derecho Público de la Universidad de Costa Rica con Mención Honorífica en trabajo final de graduación. Con especialidad en Políticas Públicas del Instituto Nacional de Administración Pública, España. Estudiante Doctorado en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Autora de Manuales para la Uned y artículos varios dentro y fuera del país. Profesora universitaria, moralescy@abogados.ac.cr

“Tratado sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores de Centroamérica y República Dominicana”. Ese instrumentos jurídico regional resalta que éstos son esenciales para el funcionamiento y desarrollo de los sistemas financieros. Su solidez y seguridad jurídicas son requisitos fundamentales para mantener y promover la estabilidad financiera de la región. Dada la magnitud de información que contiene estos dos sistemas, se procederá a desarrollar primero el tema de sistema de pagos, dejando el tema liquidación de valores para una segunda entrega.

El párrafo primero del artículo 7 de la Constitución Política de la República de Costa Rica señala: “*Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes.*” Sin embargo, la implementación del Tratado requiere, en cada país suscriptor, se emitan algunas normas que compendien los acuerdos señalados en el mismo instrumento internacional, la cual se ha denominado “normativa derivada”.

El “*Tratado sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores de Centroamérica y República Dominicana*”⁵¹² fue firmado el 29 de junio de 2006 por los representantes de los países de Centroamérica y la República Dominicana y ratificado por la República de Costa Rica mediante Ley No. 8876 de 01 de noviembre de 2010 y conforme al Decreto Ejecutivo N°36390 del 12 de enero de 2011 entró en vigencia en fecha 12 de enero de 2012.

El Tratado asienta su importancia en los sistemas de pagos, lo cual es fundamental para el debido funcionamiento y desarrollo de los sistemas financieros. Además permite brindar una adecuada protección jurídica a las operaciones, locales e internacionales, propiciando de esa manera la seguridad jurídica, el desarrollo y el fortalecimiento de éstos, con importancia sistémica en la región.

La “*importancia sistémica*” radica en el correcto funcionamiento del sistema de pagos, lo cual es fundamental para la eficacia de los mercados financieros, mismo que es susceptible de transmitir sus perturbaciones a los participantes y a otros sistemas, incluso internacionalmente (artículo 2 inciso c) del Tratado).⁵¹³

El Tratado fortalece las competencias de los bancos centrales sobre los sistemas de pagos de los Estados Parte, señalando: “*Artículo 1. El presente tratado tiene por objeto propiciar la seguridad jurídica, el desarrollo y el fortalecimiento de los sistemas de pagos y de liquidación de valores con importancia sistémica de la Región, así como fortalecer las competencias de los bancos centrales sobre los sistemas de pagos de los Estados Parte*”.

⁵¹². *Tratado sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores de Centroamérica y República Dominicana*. 12 de enero de 2011. Consultado 20 setiembre 2019. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=69427&nValor3=83386&strTipM=TC

⁵¹³ Ricardo Hernández López. Dirección Asesoría legal *Análisis del Tratado sobre Sistemas de Pago y Liquidación de valores*. AL-232-2012, San José, Costa Rica, Dirección Asesoría legal Bolsa Nacional de Valores, (San José, 2012). 2

Tales competencias se confirman en el artículo 11 del Tratado⁵¹⁴ de cita, en donde define las competencias de los Bancos Centrales, al señalar:

1. Los Bancos Centrales de los Estados Parte velarán por el buen funcionamiento, seguridad y eficiencia de los sistemas de pagos, ejerciendo labores de vigilancia sobre estos, sus administradores y participantes, definiendo principios, normas y estándares, y verificando su cumplimiento, independientemente de que los sistemas sean operados por el propio banco central o por administradores privados. (El subrayado no es del original)

2. Cada Banco entrará dará seguimiento al desarrollo de los sistemas de pagos en su país con el fin de asegurar la transparencia de las normas que regulan los instrumentos y servicios de pago, e identificar y evaluar la naturaleza y magnitud de sus riesgos, sus sistemas de control y los mecanismos adoptados para los casos de incumplimiento.

Por otro lado, el artículo 3 del Tratado hace una aclaración sobre la competencia para el reconocimiento de los sistemas de pago y liquidación de valores, estableciendo:

Cada uno de los Estados Parte, por medio de su banco central u órganos o instituciones competentes según el derecho interno, siguiendo los estándares internacionales, determinará los requisitos que debe cumplir un sistema de pagos o de liquidación de valores para que sea reconocido y, por consiguiente, goce de la protección jurídica otorgada por este tratado, así como el procedimiento para dicho reconocimiento.

Sin bien varias normas ratifican la competencia de los bancos centrales de cada país, éstos, a su vez, valoran las directrices y principios del Bank for International Settlements, y emiten normas que son atinentes al Tratado.

Tomando como base el primer principio básico del Bank for International Settlements⁵¹⁵ sobre el tema de sistemas de pagos, que instituye como esencial una base jurídica sólida, idearon el Tratado como un “conjunto armónico de estándares normativos regionales relativos a la seguridad jurídica de los sistemas de pagos, acordes a los más altos estándares internacionales”⁵¹⁶.

⁵¹⁴ Tratado sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores de Centroamérica y República Dominicana. 12 de enero de 2011. Consultado 20 setiembre 2019. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=69427&nValor3=83386&strTipM=TC

⁵¹⁵ “El sistema deberá contar con una base jurídica en todas las jurisdicciones pertinentes”. El Banco de Pagos Internacionales BIS, es una organización internacional financiera propiedad de numerosos bancos centrales con sede en Basilea. <https://www.bis.org/>

⁵¹⁶ Luis Ricardo Rodríguez Vargas. “El tratado sobre sistemas de pagos de Centroamérica y República Dominicana” contribución fundamental a la integración financiera de la región. Notas

Lo anterior justifica la necesidad de una investigación más exhaustiva, analizando cada uno de los países parte para indagar si sus respectivas normas internas están actualizadas, y si han cumplido con lo señalado con el Tratado; los avances u obstáculos que han presentado, considerando, además, que los sistemas de pagos son esenciales para el funcionamiento y desarrollo de los sistemas financieros. Su solidez y seguridad jurídicas son requisitos fundamentales para mantener y promover la estabilidad financiera de la Región, posibilitando el desarrollo de mecanismos complementarios fundamentales para la integración financiera regional. Una vez obtenida toda la información se emitirán una serie de recomendaciones de políticas públicas que puedan favorecer y colaborar para garantizar de esta forma lo señalado en el preámbulo del Tratado:

Tomando nota que el Consejo Monetario Centroamericano, como parte de “Proyecto de armonización y fortalecimiento de los sistemas de pagos y de liquidación de valores de Centroamérica y República Dominicana” ha aprobado los principios contenidos en la “Ley Modelo sobre Sistemas de Pagos y de Liquidación de Valores de Centroamérica y República Dominicana”, la que considera como un instrumento adecuado para establecer estándares regionales sobre esta materia.

Reconociendo la necesidad de fortalecer y complementar las normativas nacionales que, con base en la “Ley Modelo”, apruebe cada uno de los Estados de la Región, mediante una normativa regional que recoja principios y normas, para armonizar y fortalecer los sistemas de pagos y de liquidación de valores de la Región, en consonancia con los más altos estándares internacionales⁵¹⁷.

Este tipo de temas, por su especialidad e impacto regional, necesitan de un tratamiento diferente, por lo que es recomendable aplicar el método comparado como el instrumento hermenéutico por excelencia para el estudio del derecho comunitario, según lo señalado por el jurista italiano Mauro Cappelletti,⁵¹⁸. También se ha dicho que el método del Derecho comparado se basa, fundamentalmente, en el principio de la *funcionalidad*⁵¹⁹ (Kotz) es decir, en la comparación de elementos que pueden cumplir el mismo fin, y por ende, buscan dar solución a problemas análogos; con ello se justifica el abordaje de *la Armonización de los Sistemas de pagos*, a través del método comparado, al considerarse más apto para el desarrollo de esta investigación. Como hipótesis se ha planteado demostrar, por medio del análisis y comparación de diversas fuentes (como son jurisprudencia, doctrina, normativa y entrevistas así como con políticas públicas

Económicas. Secretaría Ejecutiva del Consejo Monetario centroamericano. (San José, Costa Rica, 2008) p 1-7

⁵¹⁷ *Tratado sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores de Centroamérica y República Dominicana*. 12 de enero de 2011. Consultado 20 setiembre 2019. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=69427&nValor3=83386&strTipM=TC

⁵¹⁸ Eduardo Ferrer Mac-Gregor. *Mauro Cappelletti y el Derecho Procesal Constitucional Comparado*. Revista Derecho y Sociedad. No 342. Granada, España.

⁵¹⁹ Marta Morinau. *El derecho comparado*. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 2006.

adecuadas) se podría impulsar un mejor y adecuado uso del sistema de pagos generando un favorecimiento, en beneficio de los países de Centroamérica y República Dominicana, de actividades de impacto transfronterizo, lo cual impulsa el desarrollo armónico y democrático de toda la región, en beneficio de todos sus habitantes.

Por último, se presenta atrayente citar un pensamiento de Isaac Newton que expresa: “*Si he visto más lejos es porque estoy sentado sobre los hombros de gigantes*”⁵²⁰. Es decir, que la construcción del conocimiento solo es posible si se va caminando sobre la base de lo que han hecho los grandes expertos que nos precedieron en esta tarea.

2. Consejo Monetario Centroamericano

El Consejo Monetario Centroamericano (en adelante CMCA) es un órgano del Subsistema de Integración Económica del Sistema de Integración Centroamericana, con carácter de Consejo Sectorial de Ministros. Este se encuentra integrado actualmente por los Presidentes de los Bancos Centrales de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica y el Gobernador del Banco Central de República Dominicana. El Banco Nacional de Panamá está autorizado para participar como observador.

Se creó el 25 de febrero de 1964, mediante el «*Acuerdo para el Establecimiento de la Unión Monetaria Centroamericana*» suscrito por los bancos centrales de la región. Este documento fue derogado en 1974 por el **Acuerdo Monetario Centroamericano**, el cual después fue reformado íntegramente en 1999, y es actualmente la norma de derecho comunitario centroamericano que regula el funcionamiento del Consejo Monetario Centroamericano, su Secretaría Ejecutiva y sus demás órganos.

Está conformado con cinco comités permanentes de consulta: “*Política Monetaria, Mercado de Capitales, Estudios Jurídicos, Sistemas de Pago y Tecnologías de Información. También funcionan, subordinadas al Comité de Política Monetaria, tres Comisiones Especiales: Cuentas Nacionales, Balanza de Pagos y Estadísticas Monetarias y Financieras*”⁵²¹. Tiene como propósito principal el coordinar la aplicación de los manuales internacionales y armonizar las estadísticas a nivel regional en los respectivos campos de acción. Asimismo, y según sean las necesidades específicas, se instituyen grupos de carácter técnico para atender mandatos específicos.

El Protocolo de Tegucigalpa en el artículo 47 inciso 1 señala que:

El Consejo Sectorial de Ministros de Integración Económica, lo integra la Reunión de Ministros por ramo entre otros, el Consejo Agropecuario Centroamericano, el Consejo Monetario Centroamericano y los Consejos de Ministros de Hacienda o Finanzas, de Economía, de Comercio, de Industria, de Infraestructura, de Turismo y Servicios. Cada

⁵²⁰ Ibec Divulga. *La ciencia avanza a hombros de gigantes*. Consultado el 03 de setiembre del 2020 en <http://divulga.ibecbarcelona.eu/a-hombros-de-gigantes/>

⁵²¹ CMCA. *Fundamentos, Integración y Antecedentes*. 50 años Consejo Monetario Internacional. (San José, Costa Rica 2014) 11-12

Consejo Sectorial dará tratamiento a los temas específicos que le correspondan de conformidad a su competencia, con el objeto de coordinar y armonizar sectorialmente sus acciones y fortalecer a su vez el proceso de integración.

Por otro lado, es adecuado resaltar lo señalado en el artículo 50.1 del Tratado de cita, ya que otorga personalidad jurídica internacional a las respectivas Secretarías del CMCA. Por consiguiente, la fundamentación legal en la que se basa el CMCA tiene bases estables e internacionales, y con poco más de 55 años de existencia, ha logrado consumir una serie de funciones de alta importancia para la región.

El Acuerdo Monetario Centroamericano, en su artículo 5 señala las funciones que posee el CMCA, destacándose:

a) Dictar los estatutos, reglamentos, acuerdos, resoluciones, instructivos y demás instrumentos y normas necesarias para el cumplimiento de los objetivos de este Acuerdo, los cuales serán plenamente eficaces sin necesidad de ser sometidos a consulta o aprobación de ninguna otra instancia regional;

b) Evaluar periódicamente el avance del proceso de convergencia macroeconómica regional, especialmente en las áreas monetaria, cambiaria, crediticia y financiera;

c) Proponer a los Gobiernos de los Estados centroamericanos la adopción de los convenios internacionales que fueren necesarios para lograr la integración monetaria y financiera regional;

d) Ejercer la dirección superior de la Secretaría Ejecutiva y de cualquier otro órgano del Consejo.

e) Crear los mecanismos o sistemas financieros, operativos, de pagos o de cualquier otra naturaleza necesaria para el cumplimiento de los objetivos de este Acuerdo. (lo subrayado no es del original)⁵²²

Se recalca la importancia del tema de sistema de pagos, por ser tema base del presente estudio, mismo que se procederá a desarrollar a continuación.

3. Tratado del Sistema de Pagos de Centroamérica y República Dominicana

Para los años cincuenta, los Bancos Centrales de Centroamérica. producto de la coyuntura, comenzaron a abordar los principales problemas financieros del istmo a efecto de formar consenso sobre la mejor manera de cooperar, conjuntamente, en el movimiento integracionista. Se tomaron diversas determinaciones que, más tarde, habrían de dar pie para institucionalizar los órganos de consulta, coordinación y

⁵²² Consejo Monetario Centroamericano. Página oficial. Consultada el 22 de octubre del 2019. <http://www.secmca.org/institucional/>

asesoramiento del sistema de Bancos Centrales Centroamericanos, en función regional y para fines de integración monetaria. Aún así, existían muchos vacíos normativos. El Tratado de Sistema de Pagos llegó a suplir muchas necesidades y a llenar faltantes considerados como prioritarios.

3.1 Antecedentes:

Dadas las carestías y problemas de control financiero, el CMCA impulsó la creación de un tratado Marco que fortaleciera y armonizara los sistemas de pago regionales, desde el punto de vista tecnológico y jurídico. Iniciaron analizando los obstáculos que tenían en ese momento tales sistemas, con la intención de dirigirlos a desarrollarse de conformidad con los estándares señalados por el Banco de Pagos Internacional (BIS) y sus principios de intermediación financiera.⁵²³

La normativa uniforme era necesaria para paliar los problemas que se presentaban en ese momento; sin embargo no deseaba emitir una ley y caer en el riesgo legislativo de que cada país lo redactara a su manera. Los profesionales del CMCA, altamente capacitados, decidieron redactar un tratado. Fue así como nació el “Tratado sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores de Centroamérica y República Dominicana”, firmado el 29 de junio de 2006 por los representantes de los países de Centroamérica y la República Dominicana.

El Tratado fue ratificado por la República de Costa Rica (mediante Ley No. 8876 de 01 de noviembre de 2010; y entró en vigencia por Decreto Ejecutivo N° 36390 del 12 de enero de 2011)⁵²⁴ Con un rango normativo superior a la ley e inferior a la Constitución, como tratado internacional, vigente conforme a las reglas de ratificación establecidas. Señala en el artículo 14:

1. *Este Tratado está sujeto a ratificación en cada uno de los Estados signatarios, de acuerdo con sus respectivos procedimientos constitucionales.*
2. *Los instrumentos de ratificación serán depositados ante la Secretaría General del Sistema de la Integración Centroamericana, la cual asumirá las funciones de Depositario.*

El Tratado, como se ha reiterado, fue concebido para propiciar la seguridad jurídica, el desarrollo y el fortalecimiento de los sistemas de pagos y de liquidación de valores con importancia sistémica en la Región. Precisamente la “importancia sistémica” concibe el sistema de pagos o de liquidación de valores cuyo correcto funcionamiento es fundamental para la eficacia de los mercados financieros, pero, en

⁵²³ Banco de Pagos Internacionales BIS. *Orientaciones sobre la aplicación de los Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz a la regulación y supervisión de instituciones relevantes para la inclusión financiera*. Basilea, Suiza, 2016. 45

⁵²⁴ La ratificación de los otros países de la región se presentaron en diversos años: El Salvador, Nicaragua, y República Dominicana lo ratificaron en el 2007; Guatemala en el 2008 y Honduras en el 2009.

caso de fallar, bien podría transmitir sus perturbaciones a los participantes y a otros sistemas, viéndose la afectación incluso internacionalmente.

Cada Banco Central, tiene potestad para emitir regulaciones de cumplimiento obligatorio, requerir coactivamente información a los administradores y participantes de los sistemas, aprobar programas de ajuste de estricta ejecución, suspender o dejar sin efecto cuando sea imprescindible las decisiones de un administrador, y formular requerimientos coactivos a dichos administradores y participantes, así como establecer en su propio ordenamiento jurídico las infracciones administrativas y correspondientes sanciones a los incumplimientos de las obligaciones de administradores y participantes de los sistemas reconocidos.

Se puede denotar, entonces, que el Tratado, desde su origen, se visualizó como una labor centrada en los Bancos Centrales, los cuales vinieron a llenar muchos vacíos, encontrándose hasta hoy en una continua fiscalización, cumpliendo con los objetivos que motivaron su formación.

3.2 Beneficios

Este Tratado concentra los estándares jurídicos internacionales más importantes, ajustándolos a la realidad y necesidades de los países de la región, en especial, los de irrevocabilidad y firmeza de las órdenes de pago y los de vigilancia de los sistemas nacionales y regionales, que son fundamentales para evitar el riesgo sistémico y para la interconexión regional de los sistemas nacionales.

En el artículo 1 se vislumbra el objeto del mismo, acotando: *“El presente tratado tiene por objeto propiciar la seguridad jurídica, el desarrollo y el fortalecimiento de los sistemas de pagos y de liquidación de valores con importancia sistémica de la Región, así como fortalecer las competencias de los bancos centrales sobre los sistemas de pagos de los Estados Parte”*.⁵²⁵ El reconocimiento y protección jurídica de los sistemas de pagos, la firmeza de las órdenes válidamente aceptadas en un sistema reconocido, las garantías constituidas a favor de un sistema o de sus participantes, entre otros, son subtítulos del Tratado en donde se desarrollan temas referentes a los beneficios para los países miembros y su comunidad.

En su preámbulo desarrolla la importancia referentes a los estándares regionales, de conformidad con los estándares internacionales, para los sistemas de pagos con importancia sistémica, *“que brinden adecuada protección jurídica a las crecientes operaciones, locales e internacionales, que se cursan por medio de dichos*

⁵²⁵ *Tratado sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores de Centroamérica y República Dominicana*. 12 de enero de 2011. Consultado 20 setiembre 2019. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=69427&nValor3=83386&strTipM=TC

sistemas, y a la vez, reforzar la vigilancia sobre ellos con el fin de velar por su buen funcionamiento, seguridad y eficiencia”.⁵²⁶

Para garantizar estos beneficios, se han innovado, perfeccionado y actualizado varios sistemas, como los son el sistema interbancario nacional de pagos electrónicos (SINPE) y el sistema de interconexión de pagos de Centroamérica y República Dominicana (SIP) también conocido como SIPA.

3.3 Países que lo han ratificado

El Tratado ha sido ratificado por los diversos países que lo conforman, y tales son según el artículo 2: “*se entenderá por Región o Estados Parte el conjunto de Estados constituido por Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y República Dominicana*”.

Agrega en el artículo 1.2 “*Las disposiciones del presente tratado se aplicarán a los sistemas de pagos y de liquidación de valores de la Región, a sus entidades administradoras y participantes, así como, en lo conducente, a los bancos centrales y a otras entidades estatales de los Estados Parte*”. O sea, deja abierta la posibilidad que de otros países puedan llegar a ser miembros, siempre y cuando firme el acuerdo correspondiente y asuman lo señalado en el Tratado.

Aunado a lo anterior, se debe acentuar que, el pertenecer al Tratado no discrepa con el que se requiera que en cada país se emitan algunas normas que compendien los acuerdos señalados lo cual se aprecia en el preámbulo del mismo instrumento internacional que reza:

*Reconociendo la necesidad de fortalecer y complementar las normativas nacionales que, con base en la Ley Modelo apruebe cada uno de los Estados de la Región, mediante una normativa regional que recoja principios y normas, para armonizar y fortalecer los sistemas de pagos y de liquidación de valores de la Región, en consonancia con los más altos estándares internacionales.*⁵²⁷

Se ha podido comprobar que lo citado anteriormente ciertamente se ha cumplido, dado a que mediante diversos análisis se ha descubierto la diversidad de normativa existente en cada país referente al tema, fortaleciendo de esa manera lo señalado en el Tratado y por ende lo referente al sistema de pagos de la región. No obstante se ha denotado que no en todos los países existe la misma facilidad para

⁵²⁶ *Tratado sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores de Centroamérica y República Dominicana.* 12 de enero de 2011. Consultado 20 setiembre 2019. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=69427&nValor3=83386&strTipM=TC

⁵²⁷ *Tratado sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores de Centroamérica y República Dominicana.* 12 de enero de 2011. Consultado 20 setiembre 2019. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=69427&nValor3=83386&strTipM=TC

encontrar tal normativa, mostrando algunos más recelo en mostrar su contenido que en comparación con otros.

En los bancos centrales de Costa Rica, Guatemala, Honduras y República Dominicana se ha visto un sistema de información abierto, reflejando en diversas páginas oficiales de la red y hasta en comunicación vía correo electrónico, la debida transparencia y accesibilidad. No así con El Salvador y, mucho menos, Nicaragua los cuales se muestran poco accesibles, incluso hasta existiendo dificultad de ingreso al intentar localizar información en las páginas oficiales de los bancos centrales de estos dos países.

Lo anterior deja en duda si se está cumpliendo o no con el primer principio básico del Bank for International Settlements (Bis)⁵²⁸ que establece como esencial una base jurídica sólida, además si se está acatando con uno de los objetivos iniciales del Tratado que señala “*el objetivo inicial del proyecto fue definir un ámbito armónico de estándares normativos regionales relativos a la seguridad jurídica*”.⁵²⁹

4. Rol de los Bancos Centrales de Centroamérica y República Dominicana en el Tratado de Sistema de pagos

El Tratado, suscrito por los presidentes de los bancos centrales como representantes de los respectivos mandarios de cada país, es un Tratado Internacional regido por el Derecho Internacional Público. Nació con la intención de atribuir a los Bancos Centrales la competencia para definir qué sistemas de pagos tenían importancia sistémica y definir, en cada país la normativa derivada atinente al tema, pero manteniendo cada Banco Central como labor principal la vigilancia.

En Centroamérica y República Dominicana contamos con bancos centrales en cada uno de los países miembros, siendo estos: Guatemala: Banco de Guatemala (BANGUAT) fundado en 1926; Honduras: Banco Central de Honduras (BCH) fundado en 1950; El Salvador: Banco Central de Reserva de El Salvador (BCR) fundado en 1934; Nicaragua: Banco Central de Nicaragua (BCN) fundado en 1960; Costa Rica: Banco Central de Costa Rica (BCCR) fundado en 1950; y República Dominicana: Banco Central de República Dominicana (BCRD) fundado en 1947.

El impacto de los bancos centrales en las economías de cada país, y el control que éstos ejercen sobre las políticas monetarias que ejecutan, se han ido incrementando con el paso del tiempo, ganando un posicionamiento nunca antes visto. La actuación de

⁵²⁸ El Banco de Pagos Internacionales es una organización internacional financiera propiedad de numerosos bancos centrales con sede en Basilea

⁵²⁹ Luis Ricardo Rodríguez Vargas. *El “Tratado sobre sistemas de pagos de Centroamérica y República Dominicana”: contribución fundamental a la integración financiera de la región*. Notas Económicas Regionales. Secretaría Ejecutiva del Consejo Monetario Centroamericano. Agosto, 2008. #13.4

cada banco central siempre depende de las necesidades que se desprenda del país donde se encuentre, considerándose como obligatorio su constante actualización, apertura y transparencia. El peso de los bancos centrales ha ganado un protagonismo insólito y actualmente son los que manejan la economía de cada país y de la región, condicionado a la normativa que lo fundamenta, así como aquella a las que se han suscrito.

En la región, se hacen esfuerzos por trabajar en un marco de supervisión, manteniendo un sistema regulatorio actualizado para minimizar los riesgos en los sistemas financieros, principalmente los de carácter sistémico. En este sentido, no solo atienden a los principios fundamentales del Bank for International Settlements (BIS) sino, también, a todas aquellas recomendaciones que a bien pueda fortalecer más sus funciones, y como ejemplo lo aplicable en diversas áreas según lo manifiesta Basilea III⁵³⁰: “i) fortalecer la supervisión y regulación prudencial; ii) resolución y manejo de crisis bancaria; iii) fortalecer marco regulatorio de los mercados de capital y de valores; iv) Fortalecer los niveles de adecuación de capital v) mejorar la capacidad de análisis de administración de riesgos y control interno; vi) plena supervisión consolidada y basada en riesgo; y, vii) introducción gradual.”

Las funciones de los bancos centrales de cada país son distintas, ya que cada país presenta el énfasis financiero según las necesidades de la región en que se encuentre, pero todos son constantes y homogéneos en lo referente a la supervisión del sistema financiero, colocándose estos en una posición de importancia lo cual le permite precisamente captar la realidad del sistema financiero y de esa forma influir en los diversos mercados. Es por lo anterior que es prioritario recalcar el que “*la vigilancia del sistema de pagos ha ido configurándose como una función diferenciada que cuenta cada día con mayor importancia*”⁵³¹

Para que los sistemas de pagos se puedan desarrollar de forma adecuada y eficiente y estén protegidos, es necesario reforzar la labor de vigilancia sobre los mismos, labor que le compete a los Bancos Centrales. Esta labor la deben desarrollar a través de la actualización y aprobación de normas y estándares de uso general.

Los sistemas de pagos son un componente esencial en la estructura financiera de un país, por lo que su funcionamiento debe ser “seguro y eficiente”, a fin de identificar las circunstancias y fomentar los cambios pertinentes cuando proceda, “*la vigilancia es un complemento necesario a cualquier otro método que pueda emplear un*

⁵³⁰ Basilea III es un conjunto de medidas acordadas internacionalmente que el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea del Banco Internacional de Pagos (BIS) ha desarrollado en respuesta a la crisis financiera de 2007-09 extendido en un transitorio hasta 2028. El objetivo de dichas medidas es reforzar la regulación, la supervisión y la gestión del riesgo de los bancos. Al igual que el resto de normas del Comité de Basilea, los requerimientos de Basilea III constituyen mínimos aplicables a bancos con actividad internacional. Los miembros se comprometen a implementar y aplicar las normas en sus jurisdicciones nacionales o regionales dentro de los plazos establecidos por el Comité.

⁵³¹ Massimo Cirasino. *El Banco Central y la Vigilancia del Sistema de Pagos*. Revista de Economía. Sistema Financiero, novedades y tendencias. ICE. San José Costa Rica. 2002. 69

*banco central para alcanzar sus objetivos de políticas públicas en materia de sistemas de pagos y liquidación”*⁵³²

Según el Banco de Pagos Internacionales (BIS) en el “Informe sobre vigencias”⁵³³ existen unos principios generales que deberían aplicarse, independientemente de las diferencias que puedan existir en los diversos bancos centrales, por estar basados en el análisis y ser congruentes con las conclusiones de diversos informes e investigaciones, como por ejemplo el de “Principios Básicos para los sistemas con importancia sistémica”, o “Implicaciones de los pagos para las políticas de los bancos centrales” entre otros. Entre los principios de mayor relevancia se tiene: “*Principio de transparencia, Principio de Normas Internacionales, Principio de Normas Internacionales, Principio de Potestades y capacidades eficaces, Principio de consistencia, principio de cooperación con otras entidades, y Principio de vigilancia cooperativa*”⁵³⁴.

5. Sistema Nacional de Pagos Electrónicos

Los sistemas de pagos significan una pieza fundamental en toda la actividad financiera de un país, representando la infraestructura por medio de la cual se movilizan los activos de una economía. Para el Bank for International Settlements (BIS), un sistema de pagos es: “*un conjunto de instrumentos, procedimientos bancario y sistemas de transferencia de fondos interbancarios que aseguran la circulación del dinero*”⁵³⁵

Los servicios de pagos han llegado a convertirse en innovación y rentabilidad para los países de Centroamérica y República Dominicana. En la región, los diversos bancos centrales han asumido desde mediados de los noventa el rol de construir infraestructuras financieras y legales que faciliten el desarrollo de los sistemas de pagos, según se ha podido detectar en la información que cada país arroja, algunos países están más avanzados que otros, lo cual significa para los que poseen un mayor crecimiento, el obtener ganancias efectivas, eficaces, seguras, así como celeridad en la prestación de servicios y reducción en los costos, lo cual da como resultado una adecuada estabilidad financiera, principalmente al reconocer el carácter de importancia sistémica de los sistemas de pagos, presentándose la necesidad del fortalecimiento de las tareas de vigilancia y la atención a la continuidad y seguridad en beneficio del consumidor.

Respecto al sistema de pagos, a nivel regional, se distinguen dos elementos relevantes: “*la construcción de infraestructuras de pagos orientadas a aprovechar el modelo de liquidación en tiempo real (LBTR), que han sustituido los esquemas manuales y de liquidación por neteo; y fortalecimiento del marco institucional y legal*

⁵³² Banco de Pagos Internacionales. *Vigilancia de sistemas de pago y liquidación por el Banco Central*. Informe sobre Vigencias. Basilea. Mayo 2005. 4

⁵³³ Ibid. 15

⁵³⁴ Ibid. 15

⁵³⁵ Comité de Sistemas de Pagos y liquidación. Banco de Pagos Internacionales. *Glosario de términos utilizados en los sistemas de pago y liquidación*. Segunda Edición. Basilea. Suiza. 2003. 37

para conferir seguridad jurídica a los sistemas de pagos”.⁵³⁶ El primer país en asumir un sistema de pagos basado en el sistema LBTR fue Costa Rica, iniciando en 1996, lo cual ha resultado que a la fecha sea el país más maduro y desarrollado. El segundo fue Guatemala en el 2006 modernizando su sistema financiero; de manera similar, República Dominicana en el año 2008; Honduras lo asume en el 2012, El Salvador en el 2010 y Nicaragua en el 2008 desarrollaron los propios, no encontrándose tan fortalecidos a la fecha. Las características de los sistemas de cada país se analizarán más adelante.

5.1 Antecedentes del Sistema de Pagos en Costa Rica

De la década de los ochenta, hasta mediados de los noventa, la estabilización se convirtió en el tema de interés en la política económica, para después avocarse al funcionamiento adecuado del sistema financiero. Era evidente la necesidad de un cambio al modelo de desarrollo que se venía siguiendo, con miras a provocar un ambiente de competencia y avanzar al ritmo de otras economías de la región.

En el caso de Costa Rica, una vez florecida la estabilidad, el Banco Central de Costa Rica comenzó a transformar los bancos comerciales en verdaderos bancos y se propuso crear un sistema financiero privado. En palabras del Dr. Eduardo Lizano, se puede ejemplificar esos años de cambios financieros en la banca costarricense al indicar:

El BCCR dejó de prestar servicios bancarios a sus clientes, ya que en esa época era una actividad previa para abrir sucursales. El cheque y las tarjetas de crédito venían abriéndose camino en el mercado, el proceso de acreditación y débito de fondos se realizaba mediante trámites lentos e ineficientes. La compensación de cheques incluía el intercambio de los documentos en la entonces Cámara de compensación del BCCR. Se requería de uno a siete días para recoger los cheques de los bancos de la ciudad de San José. Muchos de estas limitaciones ocurrían porque cada entidad poseía sus propios sistemas telefónicos, de computación, de cajeros automáticos, los cuales no interactuaban con los de las otras entidades, de forma que los procesos de transferencia de dinero no permitían la prestación de servicios a nivel nacional, elevando su costo de operación.

Todavía a mitad de la década de los noventa, el país no contaba con conexión a los sistemas de liquidación electrónica de la Sociedad Mundial de Telecomunicaciones Interbancarias (SWIFT⁵³⁷, por sus

⁵³⁶ Secretaría Ejecutiva del Consejo Monetario Centroamericano (SECMCA). *Los Sistemas bancarios de Centroamérica*. Quinto informe del Estado de la Región. 2016. 12

⁵³⁷ SWIFT es el acrónimo de Society for World Interbank Financial Telecommunication, es decir, Sociedad para las Comunicaciones Financieras Interbancarias Internacionales. El código SWIFT de un banco está formado por 8 u 11 dígitos alfanuméricos que contienen la identificación del código del país en el que se encuentra la entidad, el código del mismo banco y una serie de datos adicionales, como la localización o el tipo de sucursal.

*siglas en inglés), y consecuentemente los pagos externos también adolecían de grandes ineficiencias. No fue sino hasta julio de 1997, que el Banco Nacional de Costa Rica logró inscribir a Costa Rica como miembro para incorporarse a esta red internacional de pagos, calificar a la institución como miembro participante y dejar abierto el camino para que otras instituciones bancarias se incorporaran en el futuro.*⁵³⁸

Lo anterior refleja el porqué Costa Rica llegó a colocarse a la cabeza en comparación con otros países de la región. En noviembre de 1995, tras la aprobación de la Ley 7558 Ley Orgánica del Banco Central, se propicia el establecimiento y funcionamiento del sistema de pagos denominado Sistema Integrado de Servicios Financieros. En abril de 1996 se pasa a denominar lo que conocemos como Sistema Interbancarios de Negociación y Pago Electrónico (SINPE), el cual se analizará a continuación.

5.2 Sistema Interbancarios de Negociación y Pago Electrónico (SINPE).

El Reglamento del SINPE presenta una serie de definiciones bastante concisas pero directas. También explana el objetivo del reglamento, lo cual es adecuado exponerlo en la presente investigación con la finalidad de aportar más claridad tema. Es así como en el artículo 2 se puede observar una definición de “sistema de pagos” que indica: *"es el conjunto de instrumentos, procedimientos bancarios y sistemas de transferencia de fondos interbancarios que aseguran la circulación del dinero"*. En el mismo artículo se puede apreciar la definición de “Sinpe” que señala:

"el Sistema Nacional de Pagos Electrónicos. portal financiero que integra y articula el sistema de pagos costarricense". Por otro lado, el artículo 1 define como objetivo del Reglamento el siguiente: El presente reglamento regula la organización y el funcionamiento del Sistema Nacional de Pagos Electrónicos (SINPE), administrado por el Banco Central de Costa Rica (BCCR) y los sistemas de pago de importancia sistémica, con el objetivo de promover la eficiencia y el normal funcionamiento del sistema de pagos costarricense, conforme con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica (Ley 7558). También regula el funcionamiento de los registros y sistemas de identificación de los valores anotados en cuenta en el sistema administrado por el BCCR como miembro del Sistema Nacional de Anotación en Cuenta, además, establece las disposiciones para la liquidación de las colocaciones y vencimientos de las emisiones registradas, con el objetivo de fomentar la transparencia y exigibilidad de las operaciones del mercado de valores relativas a los valores anotados en cuenta, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Reguladora del Mercado de Valores (Ley 7732) y los reglamentos

⁵³⁸ Eduardo Lizano Fait. *Reflexiones sobre el Banco Central*. La Academia de Centroamérica. San José Costa Rica. 2012. 56

*emitidos por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero para los efectos. (El resaltado no es del original)*⁵³⁹

La definición anterior incluye la “importancia sistémica” como factor relevante ya se ha citado en otras áreas del presente trabajo, desarrollándose nuevamente en el artículo 50 del Reglamento del Sistema de Pagos que acota: “*Los sistemas de importancia sistémica son las infraestructuras de compensación y liquidación de fondos y valores en las que participan al menos tres asociados y que ante una falla en su operación pueden generar o transmitir efectos negativos a mayor escala entre sus participantes o crear alteraciones sistémicas en el conjunto de agentes económicos.*”⁵⁴⁰

Sobre este extremo, también se ha manifestado el Banco de Pagos Internacionales (BIS) al presentar una definición bastante completa indicando:

*Se dice que un sistema es sistémicamente importante cuando, en caso de no estar suficientemente protegido contra riesgos, una alteración en el sistema pudiera detonar o transmitir efectos negativos a mayor escala entre los participantes o crear alteraciones sistémicas en el conjunto del sector financiero. La importancia sistémica de un sistema viene determinada esencialmente por la cuantía o la naturaleza de los pagos considerados individualmente o por su valor agregado. Los sistemas que gestionan específicamente pagos cuantiosos se consideran normalmente de importancia sistémica. Sin embargo, un sistema sistémicamente importante no necesariamente tiene que gestionar sólo pagos de elevada cuantía, sino que el término puede incluir a un sistema que administre pagos de diferentes cuantías, pero que tenga la capacidad de producir o transmitir alteraciones para el conjunto del sistema mediante ciertos segmentos de su tráfico. En la práctica, la distinción entre los sistemas de pago que son de importancia sistémica y aquellos que no lo son no siempre está claramente delimitada, por lo que el banco central deberá considerar cuidadosamente dónde se debe trazar el límite entre ambos.*⁵⁴¹

En pocas palabras, la importancia sistémica es tal que, su mal funcionamiento, podría provocar un efecto nocivo serio en toda la economía de un país y puede por ende perjudicar a otros sectores. Es por ello que su mantenimiento, cuidado y sistema de riesgos se vea con tanto recelo.

⁵³⁹ Banco Central de Costa Rica. *Reglamento del Sistema de Pagos*. Departamento del Sistema de Pagos. San José, Costa Rica. 2018.

⁵⁴⁰ Banco Central de Costa Rica. *Reglamento del Sistema de Pagos*. Departamento del Sistema de Pagos. San José, Costa Rica. 2018.

⁵⁴¹ Banco de Pagos Internacionales. *Principios básicos para los sistemas de pago de importancia sistémica*. Comité de Sistemas de Pago y Liquidación. Suiza, 2001. 12

Uno de los elementos más notables del proceso de desarrollo e implementación del SINPE, que aún se mantiene vigente, es la coordinación establecida entre el Banco Central de Costa Rica y las entidades asociadas para la definición de reglas de operación, estándares electrónicos y participación y acceso a los servicios. A través de la labor de equipos de trabajo, altamente especializados, se ha logrado igualar opiniones sobre las reglas que debían privar en cada servicio electrónico para garantizar un sistema de pagos eficiente, acorde con los objetivos de la Ley, la estandarización de procesos y la promoción de una sana competencia en el mercado, sin discriminaciones entre las entidades asociadas.

Actualmente, el Banco Central de Costa Rica cuenta con un Comité de Tecnología Informática, el cual labora constantemente con el objetivo de obtener constantes mejoras en el sistema, así como la actualización de la plataforma tecnológica, sin dejar de lado los esquemas de seguridad y contingencia disponibles para el sistema de pagos, lo que ha logrado que Costa Rica se mantenga a la cabeza en la región, lo cual ha sido defendido por los mismos personeros del Banco Central de Costa Rica según diversas estadísticas y sustentado en los diversos estudios esgrimidos por el CMCA.

5.3 Características del sistema de pagos en otros países de la región.

Como se indicó anteriormente, en la región, la implementación y desarrollo del sistema de pagos no ha sido análoga en todos los países, por lo que para ilustrar, se presenta a continuación una pequeña reseña de cada uno de ellos:

El Salvador: El sistema es administrado por el Banco Central de Reserva de El Salvador (BCR) el cual presta servicios directos a sus participantes, incluyendo a otros subsistemas como ACH locales, valores y cámaras de cheques privadas. El sistema de comunicación de instrucciones se basa en tres modalidades: vía SWIFT, comunicación directa con el LBTR y conexión entre el sistema interno del participante y el sistema LBTR esto en 2010 (liquidación en tiempo real).

Guatemala: El Sistema es operado por el Banco Central de Guatemala (BANGUAT), que funciona desde 2006, con liquidación bruta en tiempo real, los pagos de sus participantes y operaciones en valores, pagos del gobierno, divisas, mercado de dinero y sistema regional de pagos SIP, entre otros.

Honduras: El Banco Central de Honduras (BCH) inicia su programa de modernización de sistema de pagos en 2004, con el fortalecimiento del marco legal, institucional y tecnológico del sistema de pagos nacional y culminó con la adopción de un sistema de LBTR en 2012. A finales del 2014 completó un proceso automático de punta a punta en los pagos.

Nicaragua: El Banco Central de Nicaragua (BCN) inicia en 1998 un programa de modernización de sus sistema de pagos, teniendo como plataforma la automatización de la cámara de cheques. En 2008 incorporó un sistema de LBTR con transferencia

electrónica de fondos y a la fecha el sistema permite operar en ambiente web, que facilita a los usuarios los pagos desde cualquier punto remoto, pero va un poco lento en comparación con los demás países de la región.

República Dominicana: Sistema administrado por el Banco Central de República Dominicana (BCRD) y basado en las cuentas de liquidación que las entidades participantes del mismo. Permite desde 2008 la liquidación en tiempo real de las operaciones realizadas utilizando cualquiera de los instrumentos de pago en uso. Procesa y liquida de forma individual y en el menor tiempo posible, las instrucciones interbancarias de transferencia de fondos remitidas por cada participante. El LBTR posibilita la interconexión entre diversos servicios o sistemas (alto valor, bajo valor) posibilitando su liquidación final. La automatización de los sistemas de pago, bajo esta modalidad, ofrece un mecanismo eficiente para mitigar riesgos sistémicos y de liquidez durante el proceso de liquidación. Asimismo, el sistema es Gestor Institucional del Sistema de Interconexión de Pagos del CMCA (SIPA).⁵⁴²

6. Sistema de Interconexión de Pagos de Centroamérica y República Dominicana. (SIPA)

El SIPA es un sistema de pagos regionales ideado para realizar transferencias electrónicas de fondos entre personas e instituciones bancarizadas de Centroamérica y República Dominicana, operado por los Bancos Centrales de cada uno de los países participantes. El SIPA permite a los clientes de los bancos y entidades financieras afiliadas al sistema, hacer transferencias electrónicas de fondos en dólares entre esos países en dólares de los Estados Unidos de América, de una forma rápida, segura y a bajo costo.

Este sistema es fruto del Programa Regional de Fortalecimiento del Sistema de Pagos del Consejo Monetario Centroamericano (CMCA), proyecto iniciado en el 2001 con el objetivo de apoyar la integración financiera regional por medio del desarrollo de la infraestructura financiera común a los países de la región.

El sistema es un mecanismo de pagos mediante el cual diferentes individuos (participantes) de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y República Dominicana pueden realizar transferencias de fondos en tiempo real, con seguridad, eficiencia y bajo costo sin necesidad que una institución financiera de un país miembro mantenga una relación bancaria directa o indirecta con otros actores de otro país que integra el sistema.⁵⁴³

En el SIPA participan directamente cada uno de los bancos centrales miembros de la CMCA y de forma indirecta y voluntaria las entidades financieras conectadas a los sistemas de pagos de los bancos centrales nacionales, aunque no todos los bancos están

⁵⁴² Secretaría Ejecutiva del Consejo Monetario Centroamericano (SECMCA). *Los Sistemas bancarios de Centroamérica*. Quinto informe del Estado de la Región. 2016. 43

⁵⁴³ Banco Central de Ecuador. Dirección Nacional de Integración Monetaria y Financiera Regional. *Boletín 13. Sistema de interconexión de pagos de Centroamérica y República Dominicana (SIPA)*. Boletín Informativo de Integración Financiera. 2016.

trabajando en forma directa y constante. El SIPA posee su base legal en el Tratado sobre el Sistema de Pagos y Liquidación de valores de Centroamérica y República Dominicana, así como en diversa normativa de la CMCA.

El sistema utiliza como medio de comunicación electrónica el sistema de mensajería internacional SWIFT observando las especificaciones contenidas en la Guía de Operaciones elaborada para tales fines por el Gestor Institucional.⁵⁴⁴ El Banco Central de la República Dominicana (BCRD) actúa como el Gestor institucional del SIPA, lo que significa que su plataforma electrónica es el medio por el cual se liquidan todas las operaciones regionales.

El Manual de funcionamiento del sistema de interconexión de pagos (SIPA) en el apartado VIII resume en pocos pasos cómo se desarrolla su actividad indiccando:

*El SIPA funcionará en las instalaciones del Gestor Institucional. Los participantes directos deberán contar con la plataforma informática necesaria para interactuar con el mismo, la cual será aprobada por el Gestor Institucional, incluyendo los mecanismos de comunicación que garanticen el servicio y la seguridad entre los participantes directos, conforme los horarios previamente fijados por el CMCA. **Párrafo I:** El ciclo de operación para tramitar pagos en el SIPA, se iniciará con una instrucción de transferencia de fondos a través de mensajería SWIFT de parte de un participante directo, para acreditar fondos a otro participante directo o indirecto, a nombre propio o de terceros, para lo cual el participante directo de origen deberá verificar que el participante indirecto destino, se encuentre activo para la realización de operaciones por medio del SIPA.*

***Párrafo II:** Los participantes directos deberán gestionar la automatización de las operaciones entrantes y salientes desde y hacia las cuentas de los clientes de los participantes indirectos. Para ello, estos deberán establecer los mecanismos que permitan el procesamiento continuo de inicio a fin.*⁵⁴⁵

Según el Banco Central de Ecuador (BCE) el cual se ha identificado con el sistema de interconexión de los sistemas de pagos de Centroamérica y República Dominicana, este enfoque de sistema regional, representa una alternativa innovadora y primordial la cual se enmarca dentro de los principios financieros y los lineamientos “de la Nueva Arquitectura Financiera Regional que posibilitaría eliminar restricciones en los pagos transfronterizos, reducir los costos de transferencias, agilizar la movilidad

⁵⁴⁴ Consejo Monetario Centroamericano. *Sistema de Interconexión de pagos. (SIPA)* Extraído de: <http://www.secmca.org/sipa/>

⁵⁴⁵ Consejo Monetario Centroamericano. *Manual de Funcionamiento del Sistema de Interconexión de Pagos (SIPA)* Secretaría Ejecutiva. San José, Costa Rica. 2019. 3

*de recursos e incrementar el acceso a servicios financieros de otros actores de la economía”.*⁵⁴⁶

7. Armonización del Sistema de Pagos.

El Sistema de Interconexión de Pagos (SIPA) de Centroamérica y República Dominicana inicia su gestión a partir del 2011 como una muy acertada iniciativa del Consejo Monetario Centroamericano (CMCA), esto con la visión de modernizar, armonizar, fortalecer e interconectar los sistemas de pagos de sus Estados miembros, contribuyendo de esa manera con el desarrollo e integración financiera de la región centroamericana.⁵⁴⁷

El Sistema desde sus inicios se presentó con finalidad de incluir a dos tipos de participantes: 1. Los participantes directos: bancos centrales de los países de la región, miembros del CMCA. 2. Los participantes indirectos: entidades bancarias de los países miembros y sus clientes.

Claramente se denota que el SIPA no se presenta como un instrumento de utilidad única y exclusiva para entidades bancarias estatales, sino que su apertura y utilización se da también hacia los sujetos de derecho privado en aras de una mayor unión regional.

En el quinto Informe del Estado de la Región se expresa muy claramente diversos aspectos del SIPA, destacando desde su conformación, finalidad, visión, pero se destaca la importancia acotando:

*Reside principalmente en la eliminación de las restricciones en los pagos transfronterizos y el aumento del acceso a servicios regionales, lo que contribuye a estimular el comercio de bienes y servicios, y a alcanzar iniciativas de integración financiera regional. Entre sus principales características, se puede indicar que el SIPA: 1) está diseñado y es operado por los bancos centrales; 2) está controlado por una autoridad común; 3) interconecta exclusivamente a sistemas de Liquidación Bruta en Tiempo Real (LBTR); y 4) ejecuta las transferencias utilizando una divisa común extranjera, que en este caso es el dólar de los Estados Unidos de América.”*⁵⁴⁸

Queda claro entonces que los bancos centrales deben contar entonces con una serie de requerimientos mínimos para poder operar, los cuales son entre otros:

⁵⁴⁶ Banco Central de Ecuador. Dirección Nacional de Integración Monetaria y Financiera Regional. *Boletín 13. Sistema de interconexión de pagos de Centroamérica y República Dominicana (SIPA)*. Boletín Informativo de Integración Financiera. 2016.

⁵⁴⁷ Ibid

⁵⁴⁸ Secretaría Ejecutiva del Consejo Monetario Centroamericano (SECMCA). *Los Sistemas bancarios de Centroamérica*. Quinto informe del Estado de la Región. 31

- *Contar con una plataforma informática definida por la Comisión Especial de Informática, conforme a las reglas del negocio establecidas por el Comité Técnico de Sistema de Pagos;*
- *Disponer de una cuenta de liquidación en el Gestor Institucional, en dólares y un Sistema Liquidación Bruta en Tiempo Real (LBTR);*
- *Mantener suficientes fondos en su cuenta de liquidación para atender su movimiento diario de operaciones;*
- *Cada participante deberá integrar la plataforma SWIFT tanto para el registro de transferencias dentro del SIP, como en su sistema nacional de pagos*⁵⁴⁹

El SIPA tiene su fundamento en los principios contenidos en la Ley Modelo sobre sistemas de pagos, que el CMCA propuso a los Estados de la Región al realizarse la suscripción del Tratado sobre Sistemas de Pagos, lo cual otorga seguridad jurídica al más alto nivel normativo a los sistemas de pagos actuales y futuros, sean nacionales o regionales, y que actualmente se encuentra vigente en seis países de la región. Para complementar esta normativa, durante el 2008 el CMCA elaboró y propuso a los bancos centrales miembros alguna normativa derivada del Tratado en aquellos temas que el mismo instrumento internacional exige desarrollo reglamentario. En concreto, “*aprobó dos resoluciones: un conjunto de recomendaciones para la definición de los momentos de irrevocabilidad y firmeza de las órdenes de pago, núcleo central de la protección jurídica establecida en el Tratado a favor de los sistemas de pagos (Resolución CMCA/RE-10-252/08 de 26 de junio de 2008); y recomendaciones para la definición de los requisitos y procedimiento para el reconocimiento de los sistemas de pagos con importancia sistémica de la región (Resolución CMCA/RE-11-253-08 de 9 de diciembre de 2008)*”.⁵⁵⁰

Continuando con el tema de armonización como tal, en el Quinto Informe del Estado de la Región se pueden apreciar diversas observaciones de suma importancia al indicar:

En la región se requiere una amplia armonización regional de la legislación financiera, a efecto de que la regulación y supervisión prudencial sea más efectiva; fortalezca la estabilidad financiera; y permita que el avance un proceso de integración financiera pueda desarrollarse en un marco jurídico armonizado que evite el arbitraje regulatorio e incorpore transparencia en las operaciones transfronterizas de entidades financieras vinculadas, y de éstas con entidades no financieras; razón por la cual los titulares de los bancos centrales y de los órganos supervisores que integran el Consejo Monetario Centroamericano (CMCA) y el CCSBSO suscribieron el 3 de

⁵⁴⁹ Ibid

⁵⁵⁰ Consejo Monetario Centroamericano. *Sistema de Interconexión de Pagos*. Consultado el 20 de mayo del 2020 <http://www.secmca.org/sipa/>

julio de 2014, en Costa Rica, el “Acuerdo de Cooperación para la preservación y fortalecimiento de la Estabilidad Financiera Regional”. La aprobación del Acuerdo de cooperación es un paso importante en la dirección correcta, pues se están tomando las previsiones necesarias para preservar y fortalecer la estabilidad financiera y prever y prepararse para enfrentar con eficiencia situaciones de tensión financiera regional. No obstante, esta iniciativa, y cualquier otra de carácter regional, no podrán tener plena vigencia y eficacia en el tanto no exista un órgano regional que tenga la capacidad jurídica de adoptar decisiones vinculantes y de aplicación inmediata para los países miembros. Lo anterior es de particular relevancia pues como ya se resaltó, la legislación financiera de los países de la región tiene importantes diferencias y alcances entre sí y requieren de armonización y actualización conforme a estándares internacionales.

El CMCA, se encuentra en constante indagación, análisis y estudio a través de las diversas comisiones que le conforman, teniendo como resultado, informes regionales, estadísticas, investigaciones económicas, actualización jurídica, entre otros, con la finalidad de cumplir con una adecuada armonización del Sistema de Interconexión de Pagos (SIPA)

Sobre la labor del CMCA, el Informe del Estado de la Región de cita, también acotó diversos aspectos trascendentales que se deben aplicar, indicando:

Son muchos los retos que tiene que afrontar la región en materia bancaria, si bien hay iniciativas y proyectos que trabajan en ello, falta aún mucho camino por recorrer para abordar temas adicionales a los ya expuestos, entre los que se podría citar aquellos de índole operativos que establezcan lineamientos referentes a disminuir los costos de transacciones locales y regionales; sistemas de pagos eficientes, transparentes y con riesgos limitados; sistemas de garantía de depósitos homogéneos sin que incentiven el riesgo moral; procedimientos claros para las operaciones de asistencia de liquidez y resolución de bancos en problemas. También se pueden considerar temas referentes al mejoramiento de las herramientas de control de riesgo a nivel individual que propicien la mayor formalización de los procesos internos, sólidas prácticas de gobierno corporativo, transparencia de la información y adecuadas instancias de auditoría, con el fin de lograr un efectivo control de las operaciones fuera del país de origen; así como la creación de bases de datos de riesgos acompañada de una regulación y supervisión consolidada con alcance regional.

8. CONCLUSIONES

La integración regional es un proceso con el cual se guarda un compromiso fundamental por parte de los países que lo conforman. Su dinámica no sigue

necesariamente las líneas de los modelos formales de integración, sino que se va construyendo paulatinamente. No obstante, su base institucional es central para su desarrollo coordinado y es la base para definir estrategias y políticas públicas para los países miembros.

En la actualidad, los distintos comités de trabajo y comisiones especializadas son los mecanismos por los cuales se facilita la cooperación y coordinación en las distintas áreas y sus resultados se reflejan en la adopción de estándares comunes, visiones compartidas y, sobre todo, funcionamiento de infraestructura financiera fundamental para la integración en general.

Se denota claramente el deseo de una integración económica por parte de los países de la región, máxime la apertura, tanto hacia los sujetos de derecho público como del privado, incentivando a la implementación y actualización de los diversos sistemas informáticos. Aún así, esta integración de los países, así como una mayor participación es un proceso en marcha, un proceso en continuo crecimiento, cuyo avance en buena medida no depende exclusivamente de las decisiones de los gobiernos de la región, pero sí se debe tener muy claro el que puede ser influida de manera determinante por estos.

Lamentablemente, ni en los ejercicios de riesgo más extremos se hubiese imaginado con la posibilidad de un escenario como el provocado por la pandemia del COVID-19. La oferta de bienes y servicios se ha visto afectada de manera importante, repercutiendo en la demanda, la cual se ha reducido en forma sustancial. En otro escenario, mientras las transferencias bancarias internas de cada país han aumentado considerablemente, se ha presentado la situación contraria con la utilización del SIPA, el cual ha ido de bajada en los meses de marzo a julio del 2020 según las estadísticas visibles en la página oficial del Consejo Monetario Centroamericano, por lo que vislumbra el que emanarán pronunciamientos referentes a las medidas que cada país tendrá que tomar para poder activar económicamente la región.

El progreso social y económico de los países de la región han sido uniformes. Un fuerte compromiso con la apertura comercial y la utilización de los medios que la tecnología ha aportado ha sido clave para atraer inversión extranjera directa y progresar en la cadena de valor global. Lamentablemente ese ímpetu que muchos países traían, se ha visto afectado por la situación actual provocada por la pandemia COVID-19, la cual ha impactado significativamente en todos los países, y ha promovido la desaceleración económica mundial y las medidas de contención necesarias lastrando las perspectivas de crecimiento.

Se queda a la espera además, el que los bancos centrales de cada país de la región desarrollen los sistemas y fortalezcan mediante diversas resoluciones u otros la normativa existente fin de salir primeramente de la crisis actual por la Pandemia y poder apoyar, desarrollar y promover más la utilización de un sistema tan llamativo y sobresaliente como lo es el Sistema de Interconexión de Pagos (SIPA), estimulando de esa forma el comercio, evitando el riesgo en las diversas transacciones y dotando de seguridad a quienes lo utilicen.

Se recalca el que, para que los Sistemas de Interconexión de Pagos se puedan desarrollar de forma adecuada y eficiente y estén protegidos, es necesario reforzar la labor de vigilancia sobre los mismos, labor que le compete a los bancos centrales. Esta labor la deben desarrollar a través de la actualización y aprobación de normas y estándares de uso general.

9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Banco Central de Costa Rica. *Reglamento del Sistema de Pagos*. Departamento del Sistema de Pagos. San José, Costa Rica. 2018.
- Banco Central de Ecuador. *Sistema de interconexión de pagos de Centroamérica y República Dominicana (SIPA)*. Dirección Nacional de Integración Monetaria y Financiera Regional. Boletín 13. Boletín Informativo de Integración Financiera. 2016.
- Banco de Pagos Internacionales BIS. *Orientaciones sobre la aplicación de los Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz a la regulación y supervisión de instituciones relevantes para la inclusión financiera*. Basilea, Suiza, 2016.
- Banco de Pagos Internacionales. *Principios básicos para los sistemas de pago de importancia sistémica*. Comité de Sistemas de Pago y Liquidación. Suiza, 2001.
- Banco de Pagos Internacionales. *Vigilancia de sistemas de pago y liquidación por el Banco Central. Informe sobre Vigencias*. Basilea. Mayo 2005.
- Cirasino, Massimo. *El Banco Central y la Vigilancia del Sistema de Pagos*. Revista de Economía. Sistema Financiero, novedades y tendencias. ICE. San José Costa Rica. 2002.
- CMCA. *Fundamentos, Integración y Antecedentes. 50 años Consejo Monetario Internacional*. (San José, Costa Rica 2014)
- Comité de Sistemas de Pagos y liquidación. Banco de Pagos Internacionales. *Glosario de términos utilizados en los sistemas de pago y liquidación*. Segunda Edición. Basilea. Suiza. 2003.
- Consejo Monetario Centroamericano. *Manual de Funcionamiento del Sistema de Interconexión de Pagos (SIPA)* Secretaría Ejecutiva. San José, Costa Rica. 2019.
- Consejo Monetario Centroamericano. Sistema de Interconexión de pagos. (SIPA) Extraído de: <http://www.secmca.org/sipa/>
- Consejo Monetario Centroamericano. *Sistema de Pagos*. Página oficial. Consultada el 22 de octubre del 2019. <http://www.secmca.org/institucional/>
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Mauro Cappelletti y el Derecho Procesal Constitucional Comparado*. Revista Derecho y Sociedad. No 342. Granada, España.
- Hernández López, Ricardo. *Análisis del Tratado sobre Sistemas de Pago y Liquidación de valores*. Dirección Asesoría legal . AL-232-2012, San Jose, Costa Rica, Dirección Asesoría legal Bolsa Nacional de Valores, (San José, 2012)
- Ibec Divulga. La ciencia avanza a hombros de gigantes. Consultado el 03 de setiembre del 2020 en <http://divulga.ibeccarcelona.eu/a-hombros-de-gigantes/>
- Lizano Fait, Eduardo. *Reflexiones sobre el Banco Central*. La Academia de Centroamérica. San José Costa Rica. 2012.
- Morinau, Martha. *El derecho comparado*. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 2006.
- Rodríguez Vargas, Luis Ricardo. *El tratado sobre sistemas de pagos de Centroamérica y República Dominicana* contribución fundamental a la integración financiera de la

región. Notas Económicas. Secretaría Ejecutiva del Consejo Monetario centroamericano. (San José, Costa Rica, 2008)

Secretaría Ejecutiva del Consejo Monetario Centroamericano (SECMCA). *Los Sistemas bancarios de Centroamérica*. Quinto informe del Estado de la Región. 2016.

Tratado sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores de Centroamérica y República Dominicana. 12 de enero de 2011. Consultado 20 setiembre 2019. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=69427&nValor3=83386&strTipM=TC

TERCERA PARTE

Derecho de familia y personas

El matrimonio simulado por conveniencia migratoria de personas extranjeras en Centroamérica:

Un estudio de derecho comparado

Laura Chinchilla Rojas*⁵⁵¹

Sumario. 1. Introducción. 2. El matrimonio simulado en el contexto español y europeo: panorama doctrinario. 3. Apuntes sobre el matrimonio por conveniencia en el contexto latinoamericano. 4. Regulación del matrimonio simulado propiamente en Costa Rica. 4.1. La praxis jurisprudencial costarricense en relación con el matrimonio simulado. 4.2. Los aportes de la Procuraduría General de la República a manera de recomendación para una reforma legal. 4.3. Las reformas normativas producto de la interpretación jurisprudencial y la recomendación de la Procuraduría General de la República. 5. La experiencia en otros países de la región centroamericana. 5.1. Nicaragua. 5.2. Honduras. 5.3. Panamá. 6. Conclusiones y propuesta final. 7. Referencias bibliográficas.

Resumen. Este artículo contiene un estudio de derecho comparado en relación con el abordaje doctrinario, normativo, jurisprudencial e institucional que Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá han dado a la problemática de los matrimonios por conveniencia migratoria. En él quedará al descubierto cuáles de esos países de la región centroamericana enfrentan con mayor agudeza dicho fenómeno, algunas causas y el parámetro que el derecho europeo, propiamente el español, ha significado en la materia. Al final, se emitirán las conclusiones y una propuesta de solución regional orientada, por un lado, a contemplar mayores y mejores sanciones en distintos planos y, por otro, la inclusión de la causal expresa de nulidad matrimonial cuando el fin es obtener una nacionalidad y la eliminación de los matrimonios por poder.

1. Introducción

En una sociedad cada vez más globalizada como la nuestra, conforme pasa el tiempo, gracias al desarrollo de tecnologías de la comunicación y sobre todo el internet, se van desvaneciendo las fronteras y las personas logran interacciones virtuales que antes no eran siquiera concebidas como posibles. A pesar de las grandes ventajas que ello significa en múltiples quehaceres de la humanidad, también surgen nuevas necesidades de regulación en aspectos de índole público y privado.

Efectivamente, las relaciones entre personas de distintas nacionalidades se han potenciado, justo por la era del desarrollo tecnológico. A su vez, ello ha provocado un acortamiento de las distancias, ya sea de manera física o virtual. Al respecto: *“Lo primero que salta a la vista es que los cambios tecnológicos que se han sucedido después de la Segunda Guerra Mundial en los transportes y las comunicaciones*

551 Doctoranda en Derecho por la Universidad de Costa Rica. lauchr@gmail.com

*rebasaron con sobrada diferencia a aquellos que habían tenido lugar en el siglo XIX, y con eso hicieron que las distancias y el tiempo se achicaran en una porción igualmente aberrante*⁵⁵²

Lo anterior permite contextualizar el tema del matrimonio entre personas extranjeras y los usos ilegítimos que se le ha dado a dicha figura en torno al derecho de familia —casi desnaturalizándola— con el propósito de obtener una ciudadanía y, así, procurar mejores condiciones de vida para la persona que está adquiriendo la nacionalidad a partir de dicho vínculo. A ello se le ha llamado matrimonio por conveniencia migratoria, matrimonio simulado o matrimonio fraudulento, denominaciones que se emplearán de manera indistinta a efectos del presente artículo.

Poco hay que explicar sobre la figura del matrimonio, universalmente reconocida como la unión legal y civil entre dos personas (por regulaciones así preconcebidas que cada vez se van cuestionando más y están cambiando, se entiende entre un hombre y una mujer), con el objetivo de formar una comunidad de vida, guardar deberes de fidelidad y auxilio mutuo y, eventualmente, la procreación; lo anterior con todos los efectos jurídicos que conlleva en otros aspectos como los patrimoniales (sobre los cuales no se ahondará por no ser específicamente el punto de interés) y los migratorios.

Debe puntualizarse una aclaración al respecto: el matrimonio igualitario no será analizado en la presente investigación, no por cuestiones ideológicas, sino porque en la región centroamericana objeto de este estudio dicha apertura no se encuentra regulada en sus ordenamientos jurídicos y Costa Rica apenas está dando los primeros pasos tras la opinión consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁵³ que así lo exigiera. En tanto dicho cambio legislativo opere, en los países de interés, lo que aquí se diga sobre el matrimonio simulado, sus problemas y regulación, también serían aplicables para el igualitario.

Hecha la anterior digresión, como se verá, es usual que exista en los ordenamientos jurídicos normativa sobre la adquisición de la nacionalidad para la persona contrayente extranjera, cuando el país en el cual se va a asentar la convivencia de la pareja no es el suyo. Eso encuentra una explicación lógica en el ejercicio de la soberanía de los Estados y la garantía de que la persona pueda acceder a una serie de beneficios que implican el ser nacional de un país, por ejemplo, posibilidad de emplear servicios de salud y educación públicos, asentarse en un territorio con posibilidades de vivienda y laborales, entre otros.

Por lo referido, en los últimos tiempos, algunas personas han visto en el matrimonio el puente para la obtención de una nacionalidad y la libre permanencia en un territorio extranjero y, ahí, es cuando se da la simulación de un consentimiento matrimonial entre dos personas desconocidas, sin ninguna relación sentimental previa,

552 David Díaz Arias, *Las rutas históricas de la globalización* (San José, Costa Rica: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2005), 18.

553 Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Opinión Consultiva OC-24/17*”, del 24 de noviembre de 2017.

que solo aparentan ser pareja y estar anuentes a asociarse en matrimonio a fin de obtener los beneficios legales que la unión conyugal acarrea.

Quizá, el principal motivo para proceder así radica en las, cada vez más apremiantes, condiciones sociales, económicas y ambientales que, a su vez, generan la movilización migratoria de seres humanos alrededor del mundo. Incluso, las personas se casan en un tercer país que no es el de origen de ambos y procrean hijos en suelo extranjero y, no en menos de las ocasiones, dicho enlace se da con el objetivo de acceder a una determinada nacionalidad o un estatus migratorio estable que les permita mantenerse asentados en ese territorio. Así lo apoya la doctrina española:

*El status cada día más discriminatorio e inseguro de los inmigrantes conlleva que algunos de ellos utilicen instituciones del Derecho de familia, en concreto el matrimonio, para eludir las normas de extranjería, fundamentalmente para evitar la expulsión o conseguir un permiso de residencia e incluso obtener más fácilmente la nacionalidad del Estado receptor.*⁵⁵⁴

Este estudio no pretende introducirse en los orígenes de la problemática, sino más bien un ejercicio investigativo con una metodología descriptiva para entender si ya existe doctrina, normativa, jurisprudencia o instituciones específicas en los países de interés, concretamente sobre el matrimonio por conveniencia migratoria y, en aras de cumplir con tal objetivo, se echará mano del derecho comparado como ciencia.

Bajo este lente, se examinarán los ordenamientos hondureño, nicaragüense y panameño, por ser estos los países más cercanos al de origen del presente trabajo, sea Costa Rica, el cual también estará siendo analizado y que, al compartir fronteras unos con los otros, han facilitado la movilización de personas, por lo cual no es de extrañar que el fenómeno en estudio se potencie en algunos de ellos.

Ahora bien, aunque se tenga delimitado su tratamiento en un interés regional, no significa deba excluirse, en automático, la experiencia europea (específicamente la española) y menos restarle importancia a la situación latinoamericana. Por ese motivo, antes de hacer el recorrido centroamericano, se dará un panorama general que posibilite, al final, derivar conclusiones y brindar posibles propuestas de mejora comunitaria.

2. El matrimonio simulado en el contexto español y europeo: panorama doctrinario

En España, la problemática de los matrimonios simulados por conveniencia ha sostenido una tendencia creciente y, por ello, a diferencia de lo que ha ocurrido en Centroamérica, la doctrina se ha ocupado de trazar algunas líneas conceptuales importantes. La autora Aurelia Álvarez Rodríguez, explica el fenómeno de manera diáfana y parte de una hipótesis similar a la aquí esbozada:

554 Aurelia Álvarez Rodríguez, “¿Matrimonios mixtos o matrimonios de conveniencia?”, *Revista jurídico-cultural*, año N°3, N°4, (1996), 20, consultado el 9 de octubre de 2020, <https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/2289/Aurelia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

En la actualidad, momento de crisis económica y de un alto índice de paro tanto en nuestro país como en la práctica totalidad de los países de nuestro entorno, los rasgos de la política inmigratoria giran en torno a cuatro características: estabilización; restricción de nuevas entradas —sólo por reagrupación o por demandas de asilo—; movimientos intra-comunitarios e incorporación de la inmigración de países del Este.⁵⁵⁵

Desde ese aporte doctrinario español se plantea si se debe eliminar del todo el matrimonio entre personas extranjeras, con el obstáculo de que ha sido considerada un derecho fundamental por la jurisprudencia de ese país y, denegar la posibilidad, sería contrario a derecho; o si, más bien, debería ser a partir de políticas preventivas y la creación de sanciones. Por ejemplo, a pérdida de los efectos y derechos adquiridos —previa demostración de simulación—, la expulsión inmediata de la persona extranjera una vez acreditado el fraude, entre otras de naturaleza penal, administrativas e, incluso, notariales, como ampliar el tiempo requerido de convivencia previa antes de poder llevar a cabo el trámite de naturalización.

Hay que hacer una puntualización que, aunque pueda parecer obvia, no está de más: los matrimonios simulados, así comprobados, devienen en nulos y su invalidez es la primera respuesta jurídica. Esta última está en la falsedad del consentimiento sobre los deberes de fidelidad y auxilio, así como el establecimiento de una vida conjunta y la eventual procreación y, sobre eso, hay consenso en los países en estudio. Lo que se discute, en España, es cuáles otras consecuencias aplicar.

Incluso, esa misma autora española (Aurelia Álvarez, 1999), amplía el contexto actual de este tipo de uniones en su país. Lo analiza a partir de la película norteamericana “*Green Card*” de 1990, cuya trama se desarrolla a partir de un ciudadano francés de nombre Georges Fauré quien, para iniciar una oportunidad laboral en Estados Unidos, necesita el permiso de trabajo y residencia, mientras que la coprotagonista, Brönte Parrish, anhela rentar un apartamento en el que, como requisito, le piden ser habitado por una pareja casada. Con tal ilustración, la autora en comentario transcribe una entrevista hecha por autoridades de migración de su país a un hombre español y una mujer asiática, casados en China, pero que intentaban darle la nacionalidad española a la contrayente. A partir de los datos contradictorios, y las inconsistencias de las respuestas de cada cónyuge, se logró extraer la conclusión de que no se trataba de un matrimonio real ni válido y, así, propone ese instrumento como insumo para la demostración de irregularidad en caso de duda.

Por su parte, Antonio F. Alaminos Chica (2009) y otros, hicieron una ponencia en el seminario “Parejas binacionales en la sociedad avanzada: realidades y tendencias de la hibridación transcultural” y, en un artículo en donde recogieron sus ideas principales, definen qué se entiende por matrimonios mixtos, en un concepto similar:

555 Aurelia Álvarez Rodríguez, “Matrimonios mixtos simulados: mecanismos de sanción”, *Boletín de los colegios de abogados de Aragón*, N°136, (1995), 41, consultado el 9 de octubre de 2020, <https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/2436/Aurelia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Refiriéndonos a dimensiones específicas, podemos hablar de parejas interraciales para aquellas que toman como referencia la “raza” (Perelmann, 1997; Tucker y Mitchell-Kernan, 1990). Las parejas mixtas internacionales, donde se utiliza el término “matrimonio mixto” como equivalente de “bi-nacional” (Rodríguez, 2004a: 79). Parejas mixtas interétnicas (Alba y Golden, 1986; Sanderfur, 1986), donde lo “interétnico” se suele emplear para referirse a personas de culturas diferentes.⁵⁵⁶

No obstante, el anterior enfoque no es propiamente el que se pretende acá. Este va encaminado a presentar las ventajas o inconvenientes de que personas de distintas nacionalidades se unan y procreen, ello de cara al desvanecimiento de las fronteras por los avances de las últimas décadas. En eso último sí lleva coincidencia:

Los procesos de inmigración internacional en España han generado un nuevo contexto social. El incremento del número de emigrantes (población) de diferentes orígenes (heterogeneidad) (Blau y Schwartz, 1984; Lee y Edmonston, 2005), con presencia en espacios de alta interacción (trabajo, educación, ocio, etc.) (Gozzoli y Regalia; 2005) y donde pueden participar con mayor facilidad en redes sociales (Zonabend, 1981; Carabaña, 1983), ha elevado de forma sustantiva la oportunidad de formarse parejas mixtas en España⁵⁵⁷

Existe otro ensayo que responde al título de “Matrimonios simulados: de conveniencia, blancos y nulos”. En él, se hace un desarrollo conceptual amplio, un esbozo de la doctrina del origen del matrimonio simulado y un análisis de la normativa civil y registral de ese país. Es necesario, con base en él, traer una definición también aplicable para el presente trabajo en tanto se concibe de la misma manera:

En general existe simulación cuando se finge celebrar un negocio jurídico sin que se desee igualmente que surtan los efectos propios del mismo. La declaración de voluntad que se exterioriza y la declaración que se mantiene secreta entre los agentes del negocio es discrepante. En la simulación, la declaración ficticia o aparente, que se exterioriza, tiende a realizar un negocio y la declaración real o verdadera, que se mantiene secreta, tiende precisamente a dejar la primera sin efecto.⁵⁵⁸

556 Antonio F. Alaminos Chica, “¿Son los matrimonios mixtos un espacio de construcción intercultural?”, (Fundación Centro de Estudios Andaluces, 2009), 53, consultado el 9 de octubre de 2020, https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/23301/1/2009_Alaminos_Centro_Estudios_Andaluces.pdf

557 Antonio F. Alaminos Chica, “¿Son los matrimonios mixtos un espacio de construcción intercultural?”, (Fundación Centro de Estudios Andaluces, 2009), 52, consultado el 9 de octubre de 2020, https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/23301/1/2009_Alaminos_Centro_Estudios_Andaluces.pdf

558 María Lourdes Morentín Llamas, “Matrimonios simulados: de conveniencia, blancos y nulos. Problemáticas sobre la inscribibilidad ante la duda de la falta de consentimiento. La doctrina de la DGRN en torno al tema”, *Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, N° 15, (2004), 48, consultado el 9 de octubre de 2020, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1335756>

Por su parte, el trabajo final de graduación de una estudiante de la Universidad de Jaén, España, es un aporte fundamental, porque analizó la problemática de los matrimonios por conveniencia en su país, pero desde el punto de vista del fraude de ley y la legitimación de esa práctica por medio de la normativa civil y registral, haciendo un recuento conceptual por el origen de la figura del matrimonio, su regulación, consecuencias y medidas a tomar. Quizá lo que más contribuye es la perspectiva del derecho internacional privado:

En el ámbito del Derecho Internacional Privado son dos las cuestiones que podemos destacar en cuanto al régimen jurídico de los matrimonios de conveniencia: en primer lugar, es necesario concretar la ley aplicable, pues, como ya expusimos en el capítulo anterior, consustancial a los matrimonios de conveniencia es la existencia de un elemento de extranjería. Una vez determinada la ley aplicable, en el caso de que sea la española, el siguiente paso es señalar las pautas que se van a seguir para averiguar si el matrimonio que procura su celebración o inscripción es de conveniencia o no⁵⁵⁹

Siempre en el contexto español —europeo—, Isabel García Rodríguez reunió sus consideraciones generales, relativas al fenómeno del matrimonio fraudulento entre extranjeros, desde un análisis de la autonomía privada del matrimonio, en contraposición al interés público, el derecho interno y los derechos humanos. Trascendental, para los efectos, el tratamiento realizado a la flexibilidad del matrimonio en el derecho comunitario y las normas de nacionalidad y extranjería, como se aprecia:

Los matrimonios y las familias que venimos analizando son, mayoritariamente, situaciones jurídicamente heterogéneas que pueden requerir, en algún momento, la aplicación de las normas de DIPr. Ahora bien, desde la perspectiva de las normas reguladoras de la extranjería y la nacionalidad es difícil considerar que la calificación del «matrimonio» y la «familia» se sometan a un derecho distinto del foro. Es decir, cada fuente de producción normativa establecerá en atención a sus intereses de política legislativa el contenido y alcance de los mismos. Esta situación puede provocar, en ocasiones, la disconformidad o tensión entre el ordenamiento que regula la reagrupación familiar —desde las normas de extranjería— o el concepto de «matrimonio» —desde las normas de nacionalidad—, tanto para determinar su contenido como para establecer la validez y efectos que tiene esa institución familiar concreta (matrimonio, unión de hecho, adopción, hijos, ascendientes, etc.). En esta línea de análisis debemos señalar que hay que distinguir entre la legislación

559 Alba Vega Paulano, “Los matrimonios de conveniencia” (Trabajo de fin de grado, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Jaén, 2017), 38.

*interna de los Estados y la legislación internacional, en particular, la comunitaria.*⁵⁶⁰

Así, entonces, salta a la vista la necesidad de regulación y España resulta ser un país referente en la materia, sobre todo por la gran cantidad de doctrina producida, fuente que no es así de prolífera en los países centroamericanos.

3. Apuntes sobre el matrimonio por conveniencia en el contexto latinoamericano

En nuestro contexto latinoamericano, particularmente en Chile, algo ha indicado la doctrina. Alexis Mondaca Miranda, profesor de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica del Norte Antofagasta de ese país, escribió unas cuantas páginas y, ahí, trató de definir el concepto de matrimonio por conveniencia, sus características y explicó por qué, en su entender, debe desplegarse regulación legal y jurídica sobre ellos por medio de sanciones:

*Nos referimos a matrimonios celebrados entre nacionales del Estado receptor y extranjeros. En tales matrimonios, que únicamente tienen de tal su ropaje y el respeto de las normas que regulan su celebración, lo pretendido no es una auténtica comunidad de vida entre los cónyuges ni el cumplimiento de los fines del matrimonio. Lo buscado es la obtención para el inmigrante de un beneficio en materia de extranjería. De esta manera, el matrimonio es utilizado como un simple medio para el logro de un fin consistente en la residencia, incluso, en la naturalización.*⁵⁶¹

De tal manera hace ver que, en ese país suramericano, no hay normativa específica al respecto. A su entender, debería aplicarse la nulidad matrimonial, pero en el proyecto de ley N°19.947 que se discute al respecto, no se incluye como causal y, a falta de reserva de ley de esa sanción, lo que procede es más bien entender que el matrimonio, del todo, nunca existió. Puntualiza, al igual que en España, que no es posible impedir el matrimonio entre personas extranjeras del todo, porque se trata de un derecho constitucional en su país por el artículo 26 de la Constitución Política.

Por otro lado, en Ecuador, una tesis de maestría en el campo del derecho internacional privado que lleva por título “Matrimonios celebrados por connacionales bajo legislaciones extranjeras y el migrante ecuatoriano bígamo” suma a las razones por las cuales se trata de una problemática cada vez más generalizada:

560 Isabel García Rodríguez, “La calificación jurídica del “matrimonio de conveniencia”: del fraude al uso indebido de la institución matrimonial”, *Redi*, vol. LIX, (2007), 612-613, consultado el 9 de octubre de 2020, http://www.revista-redi.es/wpcontent/uploads/2018/02/4_estudios_garcia_rodriguez_calificacion_juridica.pdf

561 Alexis Mondaca Miranda, “Un supuesto de ausencia de consentimiento matrimonial: los mal denominados “matrimonios de conveniencia” o “matrimonios de complacencia””, *Ius et praxis*, vol.24, N°1, (2018), consultado el 9 de octubre de 2020, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-00122018000100623&script=sci_arttext

La existencia de matrimonios de conveniencia, en una realidad cada vez más frecuente tanto en Ecuador como en todos los países sometidos a una fuerte inmigración. Son varios los posibles motivos que llevan a los extranjeros a contraerlo: escapar de persecuciones políticas, mejorar su calidad de vida. Pero, es generalmente, la intención de eludir las severas condiciones previstas para adquirir la nacionalidad.⁵⁶²

Ese estudio universitario, al final hace una propuesta de reformas legales, dentro de las cuales, se destaca la inclusión de una causal de nulidad matrimonial que, expresamente, se refiera a los matrimonios por conveniencia migratoria, aunque va más encaminada a la protección de los derechos fundamentales de las personas ecuatorianas que se casan en el extranjero.

4. Regulación del matrimonio simulado propiamente en Costa Rica

En Costa Rica, en la revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Elizabeth Méndez Chaves y otras publicaron un texto con una compilación doctrinaria y normativa aplicable cuando se encuentran de por medio un matrimonio fraudulento o por conveniencia migratoria. En lo que más interesa, brindaron una aproximación estadística en donde ubican a Costa Rica como país de paso y en propensión a esos fenómenos dada la asociación entre dicha figura y la regulación migratoria:

Costa Rica es un país de origen, tránsito y destino de migrantes. La población extranjera legal constituye alrededor del 8% del total de la población (300.000 residentes aproximadamente) cifra que podría sobrepasar el 12% si se toma en cuenta la población extranjera irregular, lo cual implica una carga migratoria demasiado alta para un país pequeño y en vías de desarrollo, lo cual le ubica en el extranjero en el octavo lugar a nivel mundial en relación con el impacto del porcentaje extranjero en su población. A diferencia del resto de Centroamérica, con excepción de Panamá, Costa Rica es un país preponderantemente “receptor” o “país destino”. En poca medida se divisa un componente “expulsor” identificado en algunas localidades como Pérez Zeledón y la Zona de los Santos, pues se calcula que los costarricenses que viven en Estados Unidos no pasan de 100.000, cantidad que difiere de nuestros vecinos hondureños, salvadoreños y guatemaltecos, quienes se cuentan por millones en Norteamérica.⁵⁶³

562 Cristobal Colón Marcías Zambrano, “Matrimonios celebrados por connacionales bajo legislaciones extranjeras y el migrante ecuatoriano bígamo” (Tesis de maestría en Derecho Internacional Privado, Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí, Centro de Estudios de Posgrado, Investigación, Relaciones y Cooperación Internacional, 2012), 80.

563 Elizabeth Méndez Chaves y otras, “Matrimonios por conveniencia”, Revista de La Sala Segunda de la Corte Suprema, N°5, artículo VII, (2008), 88-104.

Eso explica, como se dirá, la razón por la cual se debieron implementar una serie de reformas legales para tratar de abordar el fenómeno en territorio costarricense. También justifica por qué Nicaragua, Honduras y Panamá no han desarrollado normativa puntual, al no ser un problema considerable para ellos. Dichos países difícilmente son elegidos como destino para establecerse debido a sus problemas estructurales en lo social, económico y político —los dos primeros— y, el tercero, porque es considerado, más bien, un país de paso.

Por otra parte, el hecho de que Costa Rica no tenga ejército y sea reconocido mundialmente como un país de paz, con alta inversión en salud social y educación pública, lo convierten en un atractivo para el asentamiento de quienes se ven obligados a abandonar sus territorios.

En el trabajo final de graduación para optar por la Licenciatura en Derecho de la Universidad de Costa Rica, Pamela Bonilla Valverde y Josué Gutiérrez Rodríguez,⁵⁶⁴ analizaron el matrimonio simulado como mecanismo fraudulento para la obtención de la nacionalidad costarricense y, como aporte significativo para esta exposición de derecho comparado, hicieron una descripción de las instituciones costarricenses involucradas en el abordaje de los matrimonios por conveniencia migratoria.

La Dirección General de Migración y Extranjería mediante su sistema de otorgamiento de visas y procedimientos para conceder estatus de residencia temporal y permanente; el Tribunal Supremo de Elecciones, bajo el riguroso análisis del proceso de naturalización, así como el Poder Judicial, por medio del Ministerio Público, para seguir las investigaciones y denuncias penales cuando hay delito de por medio; la Procuraduría General de la República, como representación legal del Estado. Por último, la Dirección Nacional de Notariado cuando el profesional lleva a cabo el matrimonio civil, de manera intencionada, abusando de la fe pública que se le ha depositado en su investidura, a sabiendas de que no se cumple con los requisitos de ley, o lo lleva a cabo mediante poder.

Desde el año 2005, la Dirección Nacional de Notariado había planteado la necesidad de eliminar los matrimonios por poder, esto porque la Dirección General de Migración y Extranjería ya había rechazado 130 solicitudes sospechosas de naturalización de personas de nacionalidad cubana y china y, durante ese año, se produjeron una serie de allanamientos en oficinas de notarios públicos que se prestaban para llevar a cabo dichos matrimonios fraudulentos, así reportados por la prensa nacional.⁵⁶⁵

564 Pamela Bonilla Valverde y Josué Gutiérrez Rodríguez, “Análisis jurídico del matrimonio simulado para obtener la residencia o la nacionalidad costarricense. Estudio de la participación de instituciones públicas relacionadas” (Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2015).

565 Irene Vizcaíno, “Proponen eliminar matrimonios por poder” (El País, *La Nación*, La Nación, 18 de mayo de 2005), consultado el 9 de octubre de 2020, <https://www.nacion.com/el-pais/proponen-eliminar-los-matrimonios-por-poder/ONRELNFPHRDQBAQ4EUZU2ZDMEQ/story/>

4.1. La praxis jurisprudencial costarricense en relación con el matrimonio simulado

En la jurisprudencia costarricense, los pronunciamientos sobre el tema del matrimonio entre extranjeros y, en particular, los simulados o fraudulentos con fines migratorios, han tenido cabida de análisis en sede constitucional (que, por el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, resultan vinculantes y aplicables *erga omnes*), tratándose justo de derechos fundamentales los que están implicados como lo son la familia, el matrimonio, el ejercicio de la soberanía y políticas migratorias. Uno de los primeros antecedentes jurisprudenciales data del año 1999 y, en él, se lee:

No pasa inadvertida a la Sala la preocupación de las autoridades de Migración y Extranjería por la eventual celebración de matrimonios con costarricenses con el único afán de facilitar a extranjeros una visa de ingreso en calidad de residentes y el que se organice una actividad netamente mercantil en torno a esta idea, sin embargo, por las razones que ya se anotaron es inaceptable obligar a cumplir condiciones que no requiere la Ley partiendo de un juicio apriorístico acerca de los motivos para la celebración del matrimonio expresado en una regla administrativa de aplicación general. Cuando, por al menos un indicio objetivo, existan sospechas de que un caso en particular posea un trasfondo fraudulento podría sustanciarse una investigación previa y de constatarse la irregularidad negarse el status migratorio recurrido. Inclusive, una vez otorgado el status es posible retirarlo por iguales razones, previa observancia del procedimiento legal que se dispone al efecto y con garantía del derecho de defensa. De este modo, no podría recurrirse al manido argumento de que las instancias administrativas quedaron maniatadas frente a problemas cuya solución les atañe (Sala Constitucional, voto N°2168-1999, de las dieciocho horas con dieciocho minutos del veintitrés de marzo de mil novecientos noventa y nueve).⁵⁶⁶

Más adelante, en el año 2004, la Sala Constitucional costarricense reiteró la constitucionalidad de las investigaciones administrativas sobre la autenticidad o posible simulación en la figura del matrimonio entre personas extranjeras. Textualmente:

Tampoco ignora este tribunal que algunos extranjeros crean un vínculo jurídico matrimonial con el evidente propósito de beneficiarse de él para efectos migratorios, es decir, acuden a practicar actos simulados para producir un fraude a la ley y, también, a la Constitución puesto que lo que recibe especial tutela del Derecho de la Constitución no es la existencia de un vínculo formal, sino la materialidad de aquél vínculo en el concepto de familia (...) Será a

⁵⁶⁶ Sala Constitucional, *Recurso de Amparo: voto N.2168-1999* (a las 18:18 horas del 23 de marzo de 1999).

través del procedimiento administrativo incoado al efecto, conforme a las disposiciones legales establecidas, donde podrá acreditarse la existencia de un vínculo familiar real con costarricense, lo que valorarán las autoridades accionadas, al resolver lo que en derecho corresponda. (Sala Constitucional, Voto N°2004-06904 de las once horas con siete minutos del veinticinco de junio del dos mil cuatro).⁵⁶⁷

No obstante, dos años después —en el 2006—, la Sala Constitucional se replanteó su posición y la modificó. Incluso retomó el viejo antecedente propio de 1999 e hizo una ponderación entre los intereses estatales y administrativos en contraposición a la libertad para contraer matrimonio sin cuestionamientos de ninguna índole y, en esta última ocasión, descartó la posibilidad de realizar investigaciones administrativas ante sospechas de simulación:

(...) los requisitos exigibles para el ingreso de extranjeros en el territorio nacional es materia de derechos fundamentales y la cubre, por tanto, el principio de reserva legal, así como la prohibición colateral de innovar por vía reglamentaria (...) Según lo que se ha repasado hasta aquí, la pregunta medular a la que conduce el amparo, al final de cuentas, es ¿puede el Estado costarricense rechazar a un(a) extranjero(a) porque su solicitud de visa y residencia permanente se basan en un matrimonio por poder con un(a) costarricense a quien no conoce o conoce muy poco?, o dicho de otra manera ¿es válido el control estatal del matrimonio celebrado con el designio de facilitar el ingreso y permanencia en Costa Rica de un extranjero? A juicio de la Sala, los textos normativos —legales y de derecho internacional-aplicables, que ya se repasaron, permiten dar una respuesta negativa a la interrogante y es por ella que se opta en la decisión de este asunto. La vigilancia que pretende ejercer la Dirección General de Migración y Extranjería sobre casos como el de los amparados constituye una injerencia arbitraria en su vida privada y una limitación ilegítima de su libertad de matrimonio. Cuando un(a) extranjero(a) y un(a) costarricense se casan para facilitar la entrada del primero a Costa Rica, su consentimiento para el acto es libre y expreso. Esa única condición esencial para el ejercicio de la libertad de matrimonio no está puesta en entredicho aquí. Se trata de personas mayores de edad, en libertad de Estado, que decidieron contraer matrimonio por conveniencia, por razones humanitarias o incluso creyendo que pueden llegar a construir una familia con la persona desconocida. El principio de autonomía de la voluntad, reflejado en la vertiente específica de la libertad de matrimonio, repudia la intromisión estatal en tal acto. De este modo, vuelve la Sala sobre lo expresado en su sentencia #2168-99 de las 18:18 horas del 23 de marzo de 1999, en el

567 Sala Constitucional, *Recurso de Amparo: Voto N° 2004-06904* (A las 11:07 horas del 25 de junio de 2004).

sentido que es posible realizar pesquisas previas o posteriores de los matrimonios sobre los que existan indicios de haberse celebrado bajo las circunstancias que aquí se han comentado y que, a partir de su resultado, se pueda negar o retirar el status migratorio requerido. Se efectúa, en suma, un balance entre la preocupación de una migración excesiva de ciudadanos cubanos y la consecuente idea –no comprobada aún, por cierto, por las ciencias sociales- del desapoderamiento de los bienes que son prioritariamente para los costarricenses y el respeto de la libertad de los extranjeros y nacionales de unirse en matrimonio y con ello facilitar al cónyuge foráneo su ingreso en el país, inclinándose por la protección de estos últimos (Sala Constitucional, voto N°17713-2006 de las dieciséis horas y veintidós minutos del siete de diciembre del dos mil seis).⁵⁶⁸

De tal análisis se desprende que el órgano constitucional costarricense apeló a la necesaria regulación, vía mandato legal, de la situación de los matrimonios por conveniencia entre extranjeros. De ahí que años después, en 2009, se diera la reforma de los cuerpos normativos ya abordada.

4.2. Los aportes de la Procuraduría General de la República a manera de recomendación para una reforma legal

De suma importancia resulta hacer la indicación expresa de que, previa entrada en vigencia de la reforma legal integral sobre el que se profundizará en la sección siguiente (proyecto de ley “*Derogatoria del artículo 30 del Código de Familia, adición de un nuevo inciso del artículo 145 del Código Notarial, modificación y adición al artículo 24 del Código de Familia y adición de un párrafo segundo al artículo 176 del Código Penal*”, tramitado bajo el expediente número 16.716), la Procuraduría General de la República emitió la opinión jurídica J-122, el 14 de noviembre de 2017⁵⁶⁹ para que fuera valorada por el Poder Legislativo pues, por su Ley Orgánica, el pronunciamiento no tiene carácter vinculante, pero sí da luz para poder sostener la derivación supra indicada.

Ese texto brindó insumos significativos a los cuales debe prestárseles atención, sobre todo porque empleó elementos del Derecho Comparado en términos semejantes a los que este artículo ha podido dibujar, en el sentido de que es en España el país donde mayor incidencia de matrimonios simulados ha existido, sirviendo su ordenamiento y modificaciones legales como parámetro e inspiración legislativa.

⁵⁶⁸ Sala Constitucional, *Recurso de Amparo: Voto N°17713-2006* (A las 16:22 horas del 7 de diciembre 2006).

⁵⁶⁹ Procuraduría General de la República de Costa Rica. “*Opinión jurídica J-122*”, del 14 de noviembre de 2017. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=14874&strTipM=T

La Procuraduría General de la República citó al Consejo de la Unión Europea, cuando dicho órgano alertó como posibles signos para detectar tal práctica ilegal:

- El no mantenimiento de una vida en común.
- Ausencia de contribución en responsabilidades matrimoniales.
- Que los cónyuges no se hayan conocido antes del matrimonio.
- Que los cónyuges se equivoquen, en entrevistas separadas, sobre sus datos personales, circunstancias en que se conocieron, etcétera.
- Que los cónyuges hablen lenguas distintas incomprensibles la una para el otro.
- Que haya habido dinero en pago de por medio para la celebración del matrimonio.
- Que alguno de los contrayentes tenga matrimonios fraudulentos anteriores o irregularidades migratorias.

Ese Consejo de la Unión Europea agregó que ello puede derivarse de declaraciones juradas, documentación previa a la celebración de las nupcias, o bien, de una investigación frente a sospechas fundadas. De importancia resaltar que dicho órgano hace una advertencia: cuando existan factores para suponer que un matrimonio es fraudulento, solo se expedirá un permiso de residencia matrimonial tras haber comprobado que se trata de una unión verdadera y no simulada, para lo cual elaboran entrevistas separadas. De confirmarse cualquier sospecha, se revoca la residencia del cónyuge extranjero, pudiendo este oponerse y solicitar revisión ante un tribunal para que, así, se reconsidere cualquier error que pudiera existir.

La Procuraduría General de la República costarricense, además, tomó en cuenta la normativa española como parámetro. Así el artículo 45 del Código Civil español advierte que no hay matrimonio sin consentimiento y, el numeral 56 exige la acreditación de ese asentimiento y de la capacidad mental y física para ello. También, sobre la inscripción del matrimonio en el Registro Civil en España, el artículo 61 de ese cuerpo legal demanda su publicidad frente a terceras personas para darle pleno reconocimiento a sus efectos y el artículo 73 hace devenir en nulo el matrimonio llevado a cabo sin consentimiento, de lo cual se entiende para los efectos de este artículo, que la presión sufrida por una persona que desea obtener una nacionalidad hace que su asentimiento no sea libre ni voluntario, sino movido por esa intención ulterior, ergo, acarrea la nulidad de la unión por coacción o miedo grave, como también lo presupone el numeral 76 del Código Civil español.

Ahora bien, la Procuraduría General de la República costarricense no solo se basó en la norma y jurisprudencia del viejo continente, sino que apuntó ciertas consideraciones respecto de la normativa estadounidense al traer a colación la Ley de Inmigración y Matrimonios Fraudulentos de 1986, conforme a la cual, cuando un extranjero se casa con una persona estadounidense con procedimientos de expulsión pendientes, se le dan dos años de estatus migratorio, tiempo que se emplea para investigar si ese matrimonio es, o no, de buena fe. Dentro de esas diligencias se encuentra, precisamente, una necesaria entrevista personal.

También se señaló en ese informe que, si bien las políticas migratorias son parte de las potestades de un Estado en ejercicio de su soberanía, los Derechos Humanos han venido fijando límites.

Aun así, otra fuente que funge como insumo importante para efectos de la presente investigación, está en la Opinión Consultiva OC/18-03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 17 de setiembre del 2003⁵⁷⁰ sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, en la cual dicho órgano reconoce la posibilidad de sancionar a quien se demuestre haya faltado a las reglas migratorias, sin que ello signifique una conculcación a derechos fundamentales, siempre y cuando se siga un debido proceso.

4.3. Las reformas normativas producto de la interpretación jurisprudencial y la recomendación de la Procuraduría General de la República

Como se ha venido adelantando, en el ámbito legislativo, Costa Rica se ha visto la necesidad de promulgar una serie de reformas, en varios cuerpos legales interrelacionados, respecto del matrimonio por conveniencia entre personas extranjeras, sobre todo por el incremento tan significativo de matrimonios nulos que se generaron para la época.

En el diario oficial La Gaceta N°223 del 17 de noviembre de 2009, se reformaron el Código de Familia (ley N°5476), el Código Penal (ley N°4573), el Código Notarial (ley N°7764), y la Ley General de Migración y Extranjería (ley N°8764). Se trató, propiamente, de la adición de tres artículos (el 12 bis, 14 bis, un nuevo artículo 19) y un segundo párrafo en el artículo 64 del Código de Familia. El primero de ellos define expresamente el matrimonio simulado como la unión marital que, a pesar de que pueda cumplir con las formalidades exigidas por la ley (Código de Familia vigente), no tenga por objeto cumplir los fines previstos normativamente para esa figura, entendiéndose la vida conjunta, procreación, fidelidad y auxilio de las que se habló antes.

El segundo artículo agregado a la legislación costarricense estableció la consecuencia legal para los matrimonios que se demuestren sean simulados y ella es su nulidad absoluta. El tercero deja claro que el matrimonio simulado no convalidará derechos ni obligaciones de las personas contrayentes; más bien, una autoridad judicial competente declarará su nulidad en sentencia, cancelará la inscripción registral y, de suma relevancia para este artículo, también cualquier estatus migratorio que se haya podido conferir al haberse inducido a error a las autoridades.

La legitimación para solicitar esa declaratoria e invalidez, de acuerdo con las reformas recientes, la tendrán el director del Registro Civil, el director de la Dirección General de Migración y Extranjería (estas dos por medio de la Procuraduría General de

570 Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Opinión Consultiva OC/18-03”, del 17 de setiembre del 2003.

la República que haces las veces de asesoría jurídica del Estado) o cualquier persona perjudicada con el matrimonio.

Pero la normativa y el afán por regular la situación de los matrimonios ficticios por conveniencia, no se quedaron en el plano administrativo, avanzaron a la esfera de lo penal y, así, se sumó al Código respectivo el artículo 181 bis que prevé una pena de prisión de dos a cinco años para la persona que consienta casarse con otra a sabiendas de que los fines para los cuales contraen matrimonio son distintos de los legalmente fijados en el Código de Familia y lo mismo cuando exista una contraprestación patrimonial (pago) a cambio. Esa misma sanción se le aplicará a los testigos y notarios públicos que dolosamente (con voluntad y conocimiento de la situación fraudulenta) celebren matrimonios simulados. El tipo penal se agrava y aumenta el rango punitivo para contrayentes, testigos y notarios públicos (ahora con un mínimo de tres y un máximo de seis años de prisión), cuando el matrimonio se lleve adelante específicamente para la obtención de beneficios de índole migratorios y se haya llevado a cabo también de manera dolosa, o sea, intencional.

Como ello conlleva un eje transversal de varias materias, el legislador costarricense se vio en la necesidad de insertar en el Código Notarial (artículo 145) una suspensión administrativa para el ejercicio de esa función, por un plazo de seis meses a tres años, a los notarios que celebren un matrimonio simulado de forma dolosa, sin exclusión de las consecuencias penales arriba dichas. Además, a la Ley de Migración y Extranjería, se agregó el numeral 73 bis y, en él, incluyó el reconocimiento judicial de ese estado por parte de una autoridad judicial competente como requisito para la solicitud de ingreso al país o permanencia en él por parte de una persona extranjera que alegue unión de hecho con una de nacionalidad costarricense.

5. La experiencia en otros países de la región centroamericana

5.1. Nicaragua

Ahora bien, en búsqueda de la regulación normativa que el tema ha tenido en Nicaragua, se tiene que el matrimonio simulado está definido en la Ley contra la Trata de Personas (ley N°896), aprobada el 28 de enero de 2015 y publicada en La Gaceta, el 25 de febrero de 2015⁵⁷¹, es decir, se trata de una legislación bastante reciente, de escasos cuatro o cinco años atrás.

Específicamente, se lee en los conceptos básicos contenidos en su artículo 6 que el matrimonio simulado se refiere al contraído sin mediación de un vínculo sentimental entre contrayentes, por acuerdo entre las partes y con la finalidad de obtener beneficios administrativos, jurídicos, migratorios, económicos o sociales, o someter a la víctima a servidumbre sexual, reproductiva o laboral, o perjuicio a terceros.

Dicha norma es más clara que la costarricense al haber incorporado una definición específica y concreta de qué debe entenderse por matrimonio fraudulento y, además, resulta lo suficientemente amplia como para encuadrar varios presupuestos por

571 Asamblea Nacional de la República de Nicaragua. "Ley contra la Trata de Personas: N°896; 28 de enero, 2015". https://oig.cepal.org/sites/default/files/2015_nic_ley896.pdf

los cuales dos personas se casarían sin el afán de mantener, por llamarlo de alguna manera, una sociedad de vida. Nótese que se incluye el matrimonio por conveniencia, desde la óptica aquí propuesta, o sea, con el objetivo de regular el estado migratorio.

Adicionalmente, la ley prevé la descripción típica del delito de trata de personas en su numeral 182. Especifica que es autor del mismo, para lo que aquí interesa, quien “*organice, financie, dirija, promueva, publicite, gestione, induzca, facilite o quien ejecute la captación directa o indirecta, invite, reclute, contrate, transporte, traslade, vigile, entregue, reciba, retenga, oculte, acoja o aloje a alguna persona con cualquiera de los fines de prostitución, explotación sexual, proxenetismo, pornografía infantil, **matrimonio servil, forzado o matrimonio simulado***” entre otros supuestos (resaltado es propio). Lo digno de resaltar es que sanciona a la persona que promueva matrimonios simulados.

En el Código Penal⁵⁷² nicaragüense están previstas sanciones en el Título V de Delitos contra la Familia, en su capítulo primero sobre “Delitos contra el Estado Civil”. Contempla, en el artículo 210, una pena de prisión de dos a cuatro años y cien a doscientos días multa a quien contraiga matrimonio ilegal, entendiendo por tal aquel que se lleva a cabo sin disolución o nulidad de uno anterior. Aunque ese presupuesto no es objeto de la hipótesis aquí planteada, lo relevante es que el artículo 211 de dicho cuerpo legal foráneo remite expresamente a la pena del delito de matrimonio ilegal (es decir, el rango punitivo del numeral 210) para aplicar a quien engañe a otra persona, simulando matrimonio con ella y, aquí, debe hacerse notar que la ley nicaragüense no hace distinción de la finalidad que sea, basta con que se disfrace el matrimonio y se genere un error en terceras personas.

Como ya se dejó visto párrafos atrás, este tema no solo hace confluir el derecho de familia y el penal, sino además el notarial y, por ello, Nicaragua sanciona, en el artículo 212 de su Código Penal, a la autoridad judicial o a la persona que ejerza el notariado y autorice un matrimonio ilegal o simulado, con tres a cinco años de prisión y la inhabilitación especial para el ejercicio del cargo por el mismo período. Existe, acá, una diferencia con respecto a la punición que hace Costa Rica y es que Nicaragua disminuye el reproche para los testigos y, a estos, les considera una pena más baja de entre seis meses a un año de prisión y cincuenta a cien días multa. Cabe destacar que, al emplear la conjunción copulativa “y”, se entiende que las sanciones son conjuntas y no alternativas, lo cual sería discutible desde el punto de vista de un doble castigo por un mismo hecho, pero eso es tema aparte.

De ahí en más, no existe ninguna otra norma en materia notarial ni registral en el ordenamiento jurídico del país vecino que tenga que ver con la regulación de los matrimonios por conveniencia. Únicamente la Ley de Notariado fue complementada por la “Ley que da Mayor Utilidad a la Institución del Notariado” de 1991⁵⁷³ que expresa,

572 Asamblea Nacional de la República de Nicaragua. “Código Penal: N°641; 16 de noviembre, 2007”. https://oig.cepal.org/sites/default/files/2007_nic_ley641.pdf

573 Asamblea Nacional de la República de Nicaragua. “Ley que da Mayor Utilidad a la Institución del Notariado: N° 139; 28 de noviembre, 1991”. <https://www.registropublico.gob.ni/Files/PDF/MarcoLegal/Leyes/Ley-Notariado.pdf>

en su primer artículo, una serie de lineamientos y pasos a seguir para la celebración del matrimonio civil tales como el levantamiento y custodia de actas, la entrega de esta a la Corte Suprema de Justicia, la obligación de conservar el libro de matrimonios igual que su protocolo y la necesaria inscripción en el Registro Civil; sin embargo, no se extraen consecuencias o sanciones de cara a posibles incumplimientos de dicha obligación.

A pesar de haber agotado todas las fuentes al alcance, no fue posible ubicar jurisprudencia de órganos nicaragüenses específicamente sobre el tema del matrimonio simulado con fines migratorios y, por demás, se observa que las instituciones posiblemente involucradas en estos temas son las mismas que en Costa Rica, es decir, las estatales y administrativas de control migratorio y notarial, así como instancias jurisdiccionales en materias penal, civil y de familia.

5.2. Honduras

En lo que al ordenamiento jurídico hondureño se refiere, el Código Civil de 1906⁵⁷⁴ —aún vigente—, regula la figura del matrimonio en los artículos 94 al 142, título V y, de interés, respecto de las maneras para contraerlo, se denota la posibilidad de hacerlo mediante mandato que supla la presencia física de los contrayentes. Es decir, se facilita un portillo para la simulación de matrimonios en busca de obtención de la nacionalidad. Así lo indica el artículo 132 de dicho cuerpo legal.

Ya más aproximado al tema de la presente investigación, sí hay un numeral específico (el 139 del Código Civil) respecto de los requisitos para el matrimonio entre personas extranjeras que se lleve a cabo en territorio hondureño, pero no se relacionan con la posibilidad de que se trate de uno de carácter ficticio o con fines distintos. Más bien exige la comprobación del alcalde municipal, sobre el estado de soltería o viudez de los contrayentes y la participación de dos o más testigos mayores de 21 años.

El Código del Notariado hondureño de 2006⁵⁷⁵, tampoco contiene normativa relacionada con posibles consecuencias en caso de que el matrimonio sea simulado.

Por el contrario, el Código Penal de Honduras⁵⁷⁶, sí cuenta con un capítulo (el segundo) completo sobre matrimonios ilegales. Se contempla una pena privativa de libertad en un rango de uno a cuatro años a quien simule un matrimonio, aunque pareciera referirse más bien a los contrayentes porque habla de quien se case sabiendo que tiene un impedimento para hacerlo. No obstante, también prevé una sanción pecuniaria para los funcionarios y ministros de cualquier culto religioso que se presten para la celebración de matrimonios ilegales o cuando no proceda el civil, aunque no se indica de forma expresa si los simulados son parte de estos. Esa multa va entre las cincuenta mil (L.50,000.00) a cien mil lempiras (L.100,000.00) e inhabilitación especial

574 Congreso Nacional de Honduras. “Código Civil: N°76; 28 de febrero, 1906”. <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/hn/hn025es.pdf>

575 Congreso Nacional de Honduras. “Código del Notario: N° 353-2005; 15 de agosto, 2006”. <http://www.poderjudicial.gob.hn/transparencia/regulacion/Documents/Codigo%20de1%20Notariado.pdf>

576 Congreso Nacional de Honduras. “Código Penal: N°144-83; 26 de septiembre, 1983”. https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Honduras.pdf

de cuatro (4) a seis (6) años, según los artículos 173 y 175 de ese compendio normativo. Además, el numeral 174 apunta a que el contrayente doloso deberá indemnizar al otro si es que en este último hubiese existido buena fe.

En síntesis, no cuentan con una regulación expresa sobre la problemática puntual de los matrimonios fraudulentos para la obtención de nacionalidad y, al igual que en el caso de Nicaragua, tampoco con una institución puntual que aborde dicha temática, más allá que las tradicionalmente involucradas, sea la administración migratoria, sede judicial y notarial.

5.3. Panamá

Por último, veamos el escenario normativo en Panamá. Propiamente en el Código Civil de 1916⁵⁷⁷ no se ubicaron los requisitos propios para la figura del matrimonio y tampoco nada puntual sobre la simulación del mismo con otros fines. De hacer notar que Panamá no cuenta con un código notarial como cuerpo normativo independiente, sino que es en el propio código civil en donde se contempla dicho ejercicio, en el cual no se ha encontrado ninguna referencia sobre el matrimonio simulado,

En materia penal, este país cuenta con el capítulo IV de su código⁵⁷⁸, dirigido a normar los delitos contra la familia y, sobre el matrimonio simulado, en el artículo 209 lo sanciona con una pena de prisión de seis meses a un año o su equivalente en días multa o arresto de fines de semana para lo que se asume serían los contrayentes. Aún más, eleva la pena a dos años de prisión o su equivalente en multa para el contrayente que, a sabiendas de que existe un impedimento, lleve adelante su matrimonio y lo mismo cuando, con ello, se perjudique a terceras personas. Ahora bien, el numeral 210 contempla la misma pena para la persona funcionaria que autorice un matrimonio en las condiciones antes dichas y, si su actuación fuera culposa (es decir, con falta al deber de cuidado), el reproche lo disminuye y representa con una sanción de cincuenta a ciento cincuenta días multa.

Al igual que en Nicaragua y Honduras, en Panamá no hay ninguna ley especial ni particular sobre el matrimonio fraudulento para la obtención de la nacionalidad.

6. Conclusiones y propuesta final

España y Costa Rica han tenido la exigencia de pulir sus leyes y atender regulaciones sobre el matrimonio simulado o por conveniencia con fines migratorios como problemática cada vez más creciente y generalizada.

577 Asamblea Nacional de Panamá. “Código Civil: N°2; 22 de agosto, 1916”. <http://www.icnl.org/research/library/files/Panama/civil.pdf>

578 Asamblea Nacional de Panamá. “Código Penal: N°14; 26 de abril, 2010”. <http://www.icnl.org/research/library/files/Panama/civil.pdf>

En ese tanto, en la región centroamericana, Costa Rica implementó reformas legales bastante concretas y certeras, por lo cual se convierte en un modelo a tomar en cuenta. Consistieron en la inclusión de nuevos artículos en el Código de Familia, el Código Notarial, el Código Penal y en la Ley General de Migración y Extranjería, respectivamente.

Con dicho agregado, se definió que debe entenderse por matrimonio simulado la unión marital que, a pesar de que pueda cumplir con las formalidades exigidas por la ley (Código de Familia vigente), no tenga por objeto cumplir los fines previstos normativamente para esa figura, entendiéndose la vida conjunta, procreación, fidelidad y auxilio, se crearon sanciones administrativas de suspensión en el ejercicio notarial para el profesional en derecho que se preste a la celebración dolosa de uno de ellos y se adicionó la necesidad de un reconocimiento judicial por parte de una autoridad competente como requisito para la solicitud de ingreso al país o permanencia en él por parte de una persona extranjera que alegue unión de hecho con una de nacionalidad costarricense, esto para ejercer un mayor y mejor control de quienes pretenden instalarse en nuestro país por ese medio.

A pesar de que lo anterior posiciona a Costa Rica como un referente, Nicaragua cuenta con una definición de matrimonio simulado por conveniencia muchísimo más depurada y precisa que ameritaría ser tomada en cuenta, pues considera específicamente el interés migratorio como una de las posibles motivaciones. Por lo demás, los países vecinos, Nicaragua, Honduras y Panamá, no se han visto compelidos a impulsar cambios significativos en sus regulaciones para el caso en específico, manteniendo sanciones generales para los matrimonios inválidos.

No obstante, desde una mirada crítica, diríase que esas propuestas de abordaje legal se quedan en una posición estatal reactiva, más no preventiva ni propositiva. Desde la óptica de este artículo, hace falta una coordinación entre países a fin de establecer convenios regionales que permitan definir protocolos de abordaje cuando existen sospechas de un matrimonio fraudulento.

La implementación de un procedimiento investigativo, acorde a las garantías del debido proceso, se hace indispensable, propiamente a través de la realización de entrevistas individuales con una serie de preguntas que permitan analizar la veracidad, o no, del vínculo matrimonial, con intervención de un equipo interdisciplinario que incluya profesionales en trabajo social y psicología que lleven a cabo visitas a los lugares de domicilio y trabajo de los contrayentes, tal como se hace hoy en día en España, sin que se observe ningún tinte de inconstitucionalidad en ello, siempre que haya un indicio que genere la sospecha para justificarlo.

Esto último conlleva a tener que decir, como lo asegura la doctrina española y chilena, que no se observa la viabilidad de una solución tan radical como la de prohibir rotundamente los enlaces matrimoniales de personas con distintas nacionalidades, porque eso sí iría en contra del derecho fundamental de conformar una familia, así reconocidos por los artículos 111, 72, 52 y 56 de las Constituciones Políticas de

Honduras⁵⁷⁹, Nicaragua⁵⁸⁰, Costa Rica⁵⁸¹ y Panamá⁵⁸², respectivamente, y que, más bien, obliga a los Estados a potenciar la protección del matrimonio.

Una posibilidad de disminución para el problema es plantear la derogatoria de la posibilidad de contraer matrimonio mediante un poder, es decir, sin la presencia física de una de las personas contrayentes. Aun y cuando la Procuraduría General de la República de Costa Rica no lo dijera en su informe a la Asamblea Legislativa y tampoco se hayan encontrado fuentes doctrinarias o jurisprudenciales hondureñas, nicaragüenses o panameñas que así lo aseguren, es un hecho que ese instrumento notarial es el más empleado en casos de matrimonios por conveniencia migratoria.

Al respecto, los artículos 73, 33, 30 y 47 de los códigos de familia de Nicaragua⁵⁸³, Honduras⁵⁸⁴, Costa Rica⁵⁸⁵ y Panamá⁵⁸⁶, respectivamente, permiten el matrimonio mediante poder, pero ello abre un portillo para que se dé el matrimonio simulado entre personas extranjeras para obtener una nacionalidad específica. Y es que, siendo esa figura del derecho de familia un acto tan personal y formal, debería exigirse la comparecencia física ante la notaría pública que vaya a celebrarlo y que permita la corroboración, en esa sede, de la veracidad de la unión, sin que ese requisito lesione desde ninguna óptica la protección constitucional que se le da al matrimonio, sino más bien que asegure la protección del fin jurídico matrimonial que es el derecho fundamental de las personas de formar una familia, concebida por los ordenamientos regionales en cuestión como la base de la sociedad.

7. Referencias bibliográficas

Alaminos Chica, Antonio F. “¿Son los matrimonios mixtos un espacio de construcción intercultural?”. Fundación Centro de Estudios Andaluces. 2009. Consultado el

579 Asamblea Nacional Constituyente. “Constitución Política de la República de Honduras: 08 de noviembre de 1949”. <https://observatoriop10.cepal.org/es/instrumentos/constitucion-politica-la-republica-honduras>

580 Asamblea Nacional Constituyente. “Constitución Política de la República de Nicaragua: 19 de noviembre de 1986”. https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_nic_const.pdf

581 Asamblea Nacional Constituyente. “Constitución Política de la República de Costa Rica: 20 de enero de 1982”. <http://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Leyes/Documents/ConstitucionRepublicaHonduras.pdf>

582 Asamblea Nacional Constituyente. “Constitución Política de la República de Panamá: 1972”. <https://www.ilo.org/dyn/travail/docs/2083/CONSTITUTION.pdf>

583 Asamblea Nacional de la República de Nicaragua. “Código de Familia: N°870; 24 de junio, 2014”. http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_normativa/ley_870-14_codigo_de_familia-nicaragua.pdf

584 Congreso Nacional de Honduras. “Código de Familia: N°24; 16 de agosto, 1984”. <http://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Leyes/Documents/CodigoDeFamilia-Oct2017.pdf>

585 Asamblea Legislativa de Costa Rica. “Código de Familia: N°5476; 05 de febrero de 1974”. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=970&nValor3=0&strTipM=FN

586 Asamblea Nacional de Panamá. “Código de Familia: N°3; 17 de mayo, 1994”. <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/Codigo-Familia-Panama.html>

- 9 de octubre de 2020.
https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/23301/1/2009_Alaminos_Centro_Estudios_Andaluces.pdf
- Álvarez Rodríguez, Aurelia. “Matrimonios mixtos simulados: mecanismos de sanción”. Boletín de los colegios de abogados de Aragón, N°136. 1995. Consultado el 9 de octubre de 2020.
<https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/2436/Aurelia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Álvarez Rodríguez, Aurelia. “¿Matrimonios mixtos o matrimonios de conveniencia?” *Revista jurídico-cultural*, año N°3, N°4. 1996. Consultado el 9 de octubre de 2020.
<https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/2289/Aurelia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Asamblea Nacional Constituyente. “Constitución Política de la República de Costa Rica: 20 de enero de 1982”.
<http://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Leyes/Documents/ConstitucionRepublicaHonduras.pdf>
- Asamblea Nacional Constituyente. “Constitución Política de la República de Honduras: 08 de noviembre de 1949”.
<https://observatoriop10.cepal.org/es/instrumentos/constitucion-politica-la-republica-honduras>
- Asamblea Nacional Constituyente. “Constitución Política de la República de Nicaragua: 19 de noviembre de 1986”.
https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_nic_const.pdf
- Asamblea Nacional Constituyente. “Constitución Política de la República de Panamá: 1972”. <https://www.ilo.org/dyn/travail/docs/2083/CONSTITUTION.pdf>
- Asamblea Nacional de Panamá. “Código Civil: N°2; 22 de agosto, 1916”.
<http://www.icnl.org/research/library/files/Panama/civil.pdf>
- Asamblea Nacional de Panamá. “Código de Familia: N°3; 17 de mayo, 1994”.
<http://www.biblioteca.jus.gov.ar/Codigo-Familia-Panama.html>
- Asamblea Nacional de Panamá. “Código Penal: N°14; 26 de abril, 2010”.
<http://www.icnl.org/research/library/files/Panama/civil.pdf>
- Asamblea Nacional de la República de Nicaragua. “Ley contra la Trata de Personas: N°896; 28 de enero, 2015”.
https://oig.cepal.org/sites/default/files/2015_nic_ley896.pdf
- Asamblea Nacional de la República de Nicaragua. “Código de Familia: N°870; 24 de junio, 2014”.
http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_normativa/ley_870-14_codigo_de_familia-nicaragua.pdf
- Asamblea Nacional de la República de Nicaragua. “Código Penal: N°641; 16 de noviembre, 2007”. https://oig.cepal.org/sites/default/files/2007_nic_ley641.pdf
- Asamblea Nacional de la República de Nicaragua. “Ley que da Mayor Utilidad a la Institución del Notariado: N° 139; 28 de noviembre, 1991”.

<https://www.registropublico.gob.ni/Files/PDF/MarcoLegal/Leyes/Ley-Notariado.pdf>

- Bonilla Valverde, Pamela y Gutiérrez Rodríguez, Josué. “Análisis jurídico del matrimonio simulado para obtener la residencia o la nacionalidad costarricense. Estudio de la participación de instituciones públicas relacionadas”. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2015.
- Congreso Nacional de Honduras. “Código Civil: N°76; 28 de febrero, 1906”.
<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/hn/hn025es.pdf>
- Congreso Nacional de Honduras. “Código de Familia: N°24; 16 de agosto, 1984”.
<http://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Leyes/Documents/CodigoDeFamilia-Oct2017.pdf>
- Congreso Nacional de Honduras. “Código Penal: N°144-83; 26 de septiembre, 1983”.
https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Honduras.pdf
- Congreso Nacional de Honduras. “Código del Notario: N° 353-2005; 15 de agosto, 2006”.
<http://www.poderjudicial.gob.hn/transparencia/regulacion/Documents/Codigo%20del%20Notariado.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Opinión Consultiva OC/18-03”, del 17 de setiembre del 2003.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Opinión Consultiva OC-24/17”, del 24 de noviembre de 2017.
- Díaz Arias, David. *Las rutas históricas de la globalización*. San José, Costa Rica: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2005.
- García Rodríguez, Isabel. “La calificación jurídica del “matrimonio de conveniencia”: del fraude al uso indebido de la institución matrimonial”. *Redi*, vol. LIX. 2007. Consultado el 9 de octubre de 2020. http://www.revista-redi.es/wp-content/uploads/2018/02/4_estudios_garcia_rodriguez_calificacion_juridica.pdf
- Marcías Zambrano, Cristobal Colón. “Matrimonios celebrados por connacionales bajo legislaciones extranjeras y el migrante ecuatoriano bígamo”. Tesis de maestría en Derecho Internacional Privado, Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí, Centro de Estudios de Posgrado, Investigación, Relaciones y Cooperación Internacional, 2012.
- Méndez Chaves, Elizabeth y otras. “Matrimonios por conveniencia”. *Revista de La Sala Segunda de la Corte Suprema*, N°5, artículo VII.2008.
- Moncada Miranda, Alexis. “Un supuesto de ausencia de consentimiento matrimonial: los mal denominados “matrimonios de conveniencia” o “matrimonios de complacencia””. *Ius et praxis*, vol.24, N°1. 2018. Consultado el 9 de octubre de 2020. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S071800122018000100623&script=sci_arttext
- Morentín Llamas, María Lourdes. “Matrimonios simulados: de conveniencia, blancos y nulos. Problemáticas sobre la inscribibilidad ante la duda de la falta de consentimiento. La doctrina de la DGRN en torno al tema”. *Revista jurídica de*

- igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, N° 15. 2004. Consultado el 9 de octubre de 2020. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1335756>
- Procuraduría General de la República de Costa Rica. “Opinión jurídica J-122”, del 14 de noviembre de 2017. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=14874&strTipM=T
- Sala Constitucional de Costa Rica. *Recurso de amparo: voto N°2168-1999*. A las 18:18 horas del 23 de marzo de 1999.
- Sala Constitucional de Costa Rica. *Recurso de amparo: voto N°2004-06904*. A las 11:07 horas del 25 de junio de 2004.
- Sala Constitucional de Costa Rica. *Recurso de amparo: voto N°17713-2006*. A las 16:22 horas del 7 de diciembre 2006.
- Vega Paulano, Alba. “Los matrimonios de conveniencia”. Trabajo de fin de grado, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Jaén, 2017.
- Vizcaíno, Irene. “Proponen eliminar matrimonios por poder”. El País. *La Nación*, 18 de mayo de 2005. Consultado el 9 de octubre de 2020. <https://www.nacion.com/el-pais/proponen-eliminar-los-matrimonios-por-poder/ONRELNFPHRDQBAQ4EUZU2ZDMEQ/story/>

Los derechos de las personas migrantes y desplazadas frente a los efectos del cambio climático en Centroamérica

Maricel Gómez Murillo*

Sumario:

1. Introducción. 2. Antecedentes. 3. Marco jurídico aplicable a personas migrantes y desplazadas debido a los efectos del cambio climático en la región. 2.1. Normativa esencial relativa a personas refugiadas y desplazadas 2.2 ¿Refugiados ambientales? 2.3. Normativa regional. 2.4. Normativa Nacional. 2.4.1. Guatemala. 2.4.2. El Salvador. 2.4.3. Honduras. 2.4.4. Nicaragua. 2.4.5. Costa Rica. 2.4.6. Panamá. 3. Desarrollo jurisprudencial de los derechos de las personas migrantes y desplazadas en la región. 3.1. Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos. 3.2. Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. 3.2.1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 3.2.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. 3.3. Jurisprudencia centroamericana. 3.4. Jurisprudencia nacional. 4. Consideraciones conclusivas: retos y desafíos de la protección de los derechos humanos de las personas migrantes y desplazadas como consecuencia del cambio climático en la región.

RESUMEN

La crisis global ocasionada por el cambio climático presenta enormes desafíos para los países de la región centroamericana. Existe una creciente preocupación por la situación de vulnerabilidad en que se encuentran las personas migrantes y desplazadas internamente debido a los efectos de este fenómeno. Este artículo pretende explorar la normativa existente a nivel nacional, regional e internacional que tutela los derechos humanos de estas personas.

SUMMARY

The global climate crisis presents enormous challenges for the countries in Central America. There is a growing concern for the situation of migrants and internally displaced persons from the effects of this phenomenon. This article attempts to explore the existing legal framework at the national, regional and international level to protect human rights within this context.

Tabla de abreviaturas

CEPREDENAC	Centro de Coordinación para la Prevención de los Desastres en América Central y República Dominicana
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CRM	Conferencia Regional sobre Migración

ECOSOC	Consejo Económico y Social
	Convención sobre el Estatuto de los Refugiados
COP21	Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 2015
ODS	Objetivos de Desarrollo Sostenible
OIM	Organización Internacional para las Migraciones
OUA	Organización para la Unidad Africana
PCGIR	Política Centroamericana de Gestión Integral de Riesgo de Desastres
SICA	Sistema de Integración Centroamericana

1. Introducción

El presente estudio tiene como fin analizar la situación jurídica de las personas migrantes e internamente desplazadas en el contexto del cambio climático en Centroamérica. Como punto de partida, se considera que este fenómeno social reúne algunos de los principales desafíos en la protección de los derechos humanos en la región a al día de hoy. Nuestro objetivo general es, por tanto, analizar la situación de los derechos de las personas migrantes y desplazadas como consecuencia de los efectos del cambio climático en Centroamérica, a la luz del derecho internacional, regional y derecho interno de cada país.

Los objetivos específicos estarán orientados a: i) Examinar la normativa internacional, nacional y regional relativa a los derechos de las personas migrantes y desplazadas en Centroamérica. ii) Comparar el marco jurídico de cada país de la región en cuanto a los derechos de las personas migrantes y desplazadas como sujetos de derecho. iii) Estudiar las instituciones nacionales y regionales encargadas de tutelar los derechos de las personas migrantes y desplazadas en Centroamérica. iv) Analizar la jurisprudencia de las Cortes de cada país centroamericano, así como la jurisprudencia emanada tanto del Sistema Universal, como del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, en relación con la tutela de las personas migrantes y desplazadas en la región. v) Evidenciar si el impacto del cambio climático en la región sobre las poblaciones vulnerables y su desplazamiento, ha significado la adopción de políticas y normas regionales para una mayor tutela de sus derechos.

Se ha considerado como hipótesis la existencia de un vacío legal en el reconocimiento de los derechos de las personas migrantes y desplazadas debido al cambio climático en la región. Este vacío normativo supone un gran reto para los Estados, que tienen la obligación de garantizar el goce de derechos humanos básicos para todas las personas.

Si bien es posible encontrar abundante información sobre la movilidad humana en Centroamérica, no se ha ubicado un estudio que realice un análisis desde el Derecho Comparado y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre los derechos

de las personas migrantes y desplazadas debido a los efectos del cambio climático en Centroamérica. De allí la necesidad de determinar cuál es el marco normativo de protección de los derechos de estas personas.

Para ello, se acudirá a cuatro formantes a saber: el formante legislativo de cada uno de los países en estudio en materia de derechos de las personas migrantes, el formante institucional, es decir cuáles instituciones intervienen en la protección de los derechos de las personas migrantes, la jurisprudencia emanada del Sistema Interamericano y el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, así como de las distintas Cortes de cada país, y finalmente, la doctrina existente en relación con el eje que ha sido establecido.

De esta manera se pretende realizar un estudio comparativo de la normativa aplicable en Centroamérica para tutelar los derechos de las personas migrantes, con especial énfasis en la situación que ha sido descrita.

2. Antecedentes

La migración de seres humanos es un fenómeno social, registrado a lo largo de la historia de la humanidad, desde mucho antes que surgiera la concepción moderna de Estado-nación. Precisamente, a partir de dos elementos principales de esta definición de Estado moderno, el territorio y la población, emerge el concepto de nacionalidad, como lo conocemos hoy, y nace así también, el concepto de persona extranjera.

Si bien se trata de un hecho global, la migración guarda distintas características de acuerdo al lugar y la época en que se ubique. En Centroamérica, la migración en los últimos cincuenta años ha estado fuertemente marcada por conflictos políticos y sociales que han traído consigo distintas formas de violencia, pobreza y desigualdad.

En las décadas de los años sesenta, setenta y ochenta, particularmente, y en el contexto de militarización y desestabilización política de la región, miles de centroamericanos provenientes sobre todo de Honduras, El Salvador y Guatemala, emprendieron su viaje hacia México y Estados Unidos, muchos de ellos huyendo de la violencia vivida en sus países. Por otro lado, se registra durante estas décadas migración al interior de la región centroamericana, por ejemplo, la migración de nicaragüenses hacia Costa Rica como consecuencia del conflicto armado en Nicaragua. En esta época convulsa, se da un gran movimiento de personas que huyen de sus países y que buscan el reconocimiento como refugiados en países de acogida⁵⁸⁷.

Con los Acuerdos de Paz de Esquipulas, la región realizó grandes esfuerzos por facilitar procesos de democratización en los países que habían estado en conflicto, lo que generó que la violencia armada poco a poco cediera. Sin embargo, los estragos de estas décadas seguirían afectando la economía centroamericana, de forma que la violencia y la pobreza continúan siendo factores medulares en el fenómeno de la migración centroamericana.

Al respecto, señala el sociólogo Carlos Sandoval:

⁵⁸⁷ Edelberto Torres-Rivas y Dina Jiménez. "Informe sobre el estado de las migraciones en Centroamérica." *Anuario de Estudios Centroamericanos* 11, 2 (1985): 28.

En el caso de Centroamérica, se estima que entre un 10 y un 12 por ciento de la población de la región ha abandonado sus países de nacimiento, en su mayoría como parte de migraciones intra o extrarregionales; es decir, Centroamérica cuadruplica la estimación de la migración internacional a nivel mundial, una situación nada despreciable, la cual da cuenta de los profundos y difíciles retos al revertir procesos de exclusión social que definen la vida contemporánea en el istmo⁵⁸⁸.

De acuerdo con el Estado de la Región, para el año 2015 había cerca de cuatro millones de personas que vivían fuera de su patria. Esta cifra representa aproximadamente el 8% de la población centroamericana⁵⁸⁹.

La migración en Centroamérica se da, en un primer lugar, de las zonas rurales a las zonas urbanas al interior de los países, y dentro de la región, primordialmente de Nicaragua a Costa Rica, de Guatemala a El Salvador, y también de Belice a Guatemala, de Honduras a El Salvador, y de El Salvador y Nicaragua hacia Panamá⁵⁹⁰.

En ese sentido, se estableció:

En 2015 las personas que se desplazaron a lo interno de la región representaron un 13,2% de los migrantes centroamericanos. Costa Rica es el principal destino, pues acoge al 64,8% de las 513.000 personas que residen en un país del Istmo distinto de aquel en que nacieron. Si bien la mayor parte de los migrantes centroamericanos en Costa Rica son nicaragüenses (90,1%), un 4% son panameños y un 3% salvadoreños. Belice y Guatemala ocupan el segundo lugar, después de Costa Rica, como receptores de migrantes intrarregionales, con una participación de 8% cada uno⁵⁹¹.

Pese a que el fenómeno migratorio ha estado presente en la historia de la humanidad, la tutela de los derechos de las personas migrantes continúa siendo un reto global. Tal y como señala Catherine Dauvergne, *“nunca antes los temas relativos a la migración estuvieron en el centro de la escena política en tantos lugares al mismo tiempo, nunca antes la atención política a la migración había suscitado respuestas tan legalizadas y nunca antes la hostilidad hacia los migrantes ha sido tan generalizada como desagradable”*⁵⁹².

Pero también es un reto regional. A la compleja situación migratoria centroamericana, se han sumado nuevas coyunturas que hacen que el tema de los derechos de las personas migrantes en la región cobre mayor vigencia aún, tales como los flujos de niñas y niños migrantes viajando hacia Estados Unidos desde el año 2014, la crisis política en Nicaragua desatada el 18 de abril del año 2018, y los estragos que

⁵⁸⁸ Carlos Sandoval García, *No más muros: exclusión y migración forzada en Centroamérica*. (San José, Costa Rica: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2015): xvi, xvii

⁵⁸⁹ Programa Estado de la Nación, *Quinto Informe Estado de la Región en Desarrollo Humano Sostenible* (San José, 2016): 89.

⁵⁹⁰ *Ibíd.*, 108.

⁵⁹¹ *Ibíd.*, 108.

⁵⁹² Citado por Ignacio Odriozola, “Desplazados sin nombre: dificultades y desafíos en torno a una definición universal de ‘refugiados climáticos’”, *Revista Jurídica de Buenos Aires* 42, 95 (Buenos Aires, 2017): 90.

causan los fenómenos naturales cada vez más frecuentes como consecuencia del cambio climático.

Precisamente, en cuanto a la migración y los desplazamientos debido a los efectos del cambio climático, el informe sobre tendencias migratorias en Centroamérica, Norteamérica y el Caribe, elaborado por la Oficina Regional de la Organización Internacional para las Migraciones, señala:

El Informe Global sobre Desplazamiento del Centro de Monitoreo sobre el Desplazamiento Interno (IDMC, por sus siglas inglés) presenta un panorama global de los nuevos desplazamientos debidos a desastres de origen natural y conflicto en los últimos años. Los eventos de desastres causaron 1,695,194 durante 2018 en 18 países de la región, mientras que la situación de conflicto y violencia originaron 257,950 desplazamientos concentrados en tres países: El Salvador, México y Honduras. Los países de la región más afectados por desplazamientos debidos a desastres en 2018 fueron los Estados Unidos (1,247,000 desplazamientos), Cuba (52,000), Guatemala y la República Dominicana (27,000 cada uno). Los desplazamientos registrados en los Estados Unidos se derivan del impacto de los huracanes Florence (agosto) y Michael (octubre), así como de los incendios en California⁵⁹³.

Los efectos del cambio climático alrededor del mundo han generado importantes consecuencias en la movilidad humana. Según sostiene Ignacio Odriozola (2017, 91), uno de los primeros casos documentados de desplazamiento humano como consecuencia de un desastre natural, se registra en las cartas enviadas por Plinio El Joven a Cornelio Tácito, en las que relata la erupción del Volcán Vesubio, en el año 79 d.C⁵⁹⁴.

En la actualidad, se ha documentado que:

En 2018, en el continente tuvo lugar el 9,8% de todos los desplazamientos resultantes de eventos extremos, lo que representa aproximadamente 1,7 millones de personas. Este número es cuatro veces mayor que los 404.000 individuos obligados a huir de los conflictos armados. Además de los períodos prolongados de sequía y las frecuentes inundaciones, los huracanes impulsaron, una vez más, la mayoría de los nuevos procesos migratorios en la región. Aunque el número de movimientos forzados en 2018 fue menor que el año anterior, los episodios relacionados con el clima siguen siendo el principal desencadenante de los desplazamientos internos, especialmente en los países latinoamericanos⁵⁹⁵.

⁵⁹³ Organización Internacional para las Migraciones. *Tendencias migratorias en Centroamérica, Norteamérica y el Caribe* (San José: OIM, 2019), 6.

⁵⁹⁴ Ignacio Odriozola, “Desplazados sin nombre, 91.

⁵⁹⁵ Diogo Andreola Serraglio, “La movilidad humana en el contexto climático; Un análisis de las políticas climáticas nacionales en América Latina”, *Migraciones climáticas* (blog), accedido el 30 de noviembre de 2019, <https://migracionesclimaticas.org/la-movilidad-humana-en-el-contexto-climatico-un-analisis-de-las-politicas-climaticas-nacionales-en-america-latina/>.

En el mismo sentido, según un informe del Internal Displacement Monitoring Center⁵⁹⁶, se calcula que entre el año 2008 y el 2016, 227,6 millones de personas han tenido que reubicarse debido a los desastres naturales en el mundo.

3. Marco jurídico aplicable a personas migrantes y desplazadas debido a los efectos del cambio climático en la región

En este primer apartado se analizará la normativa existente, tanto a nivel internacional, como a nivel centroamericano y nacional, para la protección de las personas migrantes y desplazadas debido a los efectos del cambio climático en Centroamérica.

3.1 Normativa esencial relativa a personas refugiadas y desplazadas

A nivel internacional, existe una serie de instrumentos relevantes que establecen la protección especial que deben otorgar los Estados a las personas refugiadas. En el marco de las Naciones Unidas el documento principal es la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados adoptada en Ginebra el 28 de julio de 1951, cuyo rango de aplicación se estableció para personas que debieron dejar sus hogares como consecuencia de los hechos acontecidos antes del 1 de enero de 1951.

El Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, vigente desde el 4 de octubre 1967 amplía el espectro en cuanto al concepto de persona refugiada, al modificar el artículo 1 de la Convención y lo amplía a toda aquella que:

debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él⁵⁹⁷.

De conformidad con estos dos instrumentos, pilar esencial de la protección de las personas refugiadas en el contexto internacional, esta ha sido circunscrita a quienes deben huir de sus países debido a su raza, religión, nacionalidad o pertenencia a un grupo social o adhesión política en específico. En ellos, claro está, no se encuentra contemplada la situación de las personas migrantes en el contexto del cambio climático.

Los Principios Rectores de los Desplazados Internos de 1998, por su parte, ofrecen una definición de personas desplazadas internas, en el siguiente sentido:

A los efectos de estos Principios, se entiende por desplazados internos las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o

⁵⁹⁶ Internal Displacement Monitoring Center, *Global Report on Internal Displacement* (Noruega, 2016): 32.

⁵⁹⁷ Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, Ginebra, 28 de julio de 1951, <https://www.acnur.org/5b0766944.pdf>

provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida⁵⁹⁸.

En las últimas décadas, frente a los desastres naturales que han acontecido alrededor del mundo como consecuencia del cambio climático, la preocupación por las personas que han debido abandonar sus hogares, o quienes en el futuro posiblemente deberán reubicarse, ha ido en aumento. Ello ha colocado el tema de las personas migrantes y desplazadas por motivos ambientales como uno de los principales retos para los Estados, y Centroamérica no escapa a esta alarmante realidad.

Como se verá a lo largo de esta investigación, sobre todo en el seno de las Naciones Unidas, ha existido un creciente interés en los efectos que provoca el cambio climático en nuestro planeta, acompañado de un llamado urgente a los Estados Miembros a tomar medidas para atender esta gravísima situación. Particularmente, se hará referencia a los distintos instrumentos en los que se analizan los desplazamientos que se han desencadenado debido a este fenómeno, de los cuales se espera un aumento en los años venideros.

3.2 ¿Refugiados ambientales?

Existe una primera dificultad en la protección a las personas migrantes y desplazadas debido a las consecuencias del cambio climático: la falta de consenso en cuanto al término adecuado para referirse a ellas. A su vez, la complejidad de las relaciones sociales hace que en muchos casos confluyan, además de los embates del clima, condiciones de pobreza, exclusión social y, en general, condiciones de vulnerabilidad que también inciden en el desplazamiento de personas.

Según señala Ignacio Odriozola sería el egipcio Essam El-Hinnawi, quien propondría la primera noción de “refugiado ambiental”. Para El-Hinnawi el término alude *“a aquellas personas que se han visto forzadas a abandonar su hábitat tradicional, sea de manera temporaria o permanente, como consecuencia de una alteración ambiental marcada (natural y/o provocada por personas) que pone en peligro su existencia y/o que afecta seriamente su calidad de vida.”*⁵⁹⁹

Como se ha indicado, sin embargo, no existe consenso en cuanto a una única definición, ya sea de personas migrantes o refugiadas por motivos ambientales. La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) reconociendo las complicaciones que supone acuñar una definición para este fenómeno específico de movilidad humana, propuso en el año 2007 que debía entenderse como migrantes ambientales aquellas: *“personas o grupos de personas que debido a cambios repentinos, o progresivos, en el medio ambiente que afectan de manera adversa su vida, o sus condiciones de vida, se ven obligados a abandonar sus hogares o deciden hacerlo*

⁵⁹⁸ Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, Principios Rectores de los Desplazados Internos, accesado el 10 de noviembre de 2019, https://www.acnur.org/prot/prot_despl/5bff2c864/principios-rectores-de-los-desplazamientos-internos.html.

⁵⁹⁹ Ignacio Odriozola, “Desplazados sin nombre, 97.

*por voluntad propia, temporal o permanente, trasladándose a otro lugar dentro de su propio país o al extranjero.*⁶⁰⁰”

A nivel regional, la Declaración de Cartagena fue adoptada en el marco del “Coloquio sobre la protección internacional de los refugiados en América Central, México y Panamá: problemas jurídicos y humanitarios”, llevada a cabo en Cartagena, en 1984. En su tercera conclusión, esta Declaración señala:

Tercera. Reiterar que, en vista de la experiencia recogida con motivo de la afluencia masiva de refugiados en el área centroamericana, se hace necesario encarar la extensión del concepto de refugiado, teniendo en cuenta, en lo pertinente, y dentro de las características de la situación existente en la región, el precedente de la Convención de la OUA (artículo 1, párrafo 2) y la doctrina utilizada en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De este modo, la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público⁶⁰¹.

Diez años después, en 1994, se adoptaría la Declaración de San José sobre refugiados y personas desplazadas, en la que se consideró necesario:

Décima. Reafirmar que tanto los refugiados como las personas que migran por otras razones, incluyendo causas económicas, son titulares de derechos humanos que deben ser respetados en todo momento, circunstancia y lugar. Estos derechos inalienables deben respetarse antes, durante y después de su éxodo o del retorno a sus hogares, debiéndose proveerles además lo necesario para garantizar su bienestar y dignidad humana.

Asimismo, y específicamente en cuanto a las personas internamente desplazadas se señaló que:

(...) la problemática de los desplazados internos, no obstante ser fundamentalmente responsabilidad de los Estados de los que son nacionales, constituye también objeto de preocupación de la comunidad internacional por tratarse de un tema de derechos humanos que puede estar relacionado con la prevención de las causas que originan los flujos de refugiados.

⁶⁰⁰ Organización Internacional para las Migraciones, “Migración, Medio Ambiente y Cambio Climático: Terminología, conceptos y estado de la cuestión para formuladores de políticas”, accesado el 20 de noviembre de 2019, https://environmentalmigration.iom.int/sites/default/files/Research%20Database/Módulo%201_%20Serie%20Migración%20Medio%20Ambiente%20y%20Cambio%20Climático_%20Baja%20resol....pdf

⁶⁰¹ Declaración de Cartagena sobre Refugiados, accesado el 18 de noviembre de 2019, <https://www.acnur.org/5b076ef14.pdf>

Se hace referencia además a una serie de situaciones en específico en las cuales los Estados deben garantizar los derechos de las personas desplazadas dentro de su territorio.

En la Cumbre del Desarrollo Sostenible, llevada a cabo en setiembre de 2015, se aprobó la Agenda 2030 que contiene 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Se pretendió de esta manera dar continuidad a los Objetivos de Desarrollo del Milenio, y ampliar los alcances y los logros alcanzados a través de estos últimos.

Entre los ODS destaca, para efectos de esta investigación, el Objetivo 13 relativo a la acción por el clima. La meta principal de este objetivo consiste en *“fortalecer la resiliencia y la capacidad de adaptación a los riesgos relacionados con el clima y los desastres naturales en todos los países.”*⁶⁰²

Si bien los mismos no son de carácter vinculante para los Estados, se evidencia a través suyo la imperiosa necesidad de atender los nuevos problemas que surgen a la vida jurídica como consecuencia del cambio climático.

De la mano con los ODS, en diciembre de 2015 se celebró en París la Conferencia sobre el Clima COP 21, en la cual 195 países firmaron el primer acuerdo vinculante sobre el clima, el cual entró en vigor el 4 de noviembre de 2016, luego de que se cumpliera con el requisito de su ratificación por parte de 55 países que representen como mínimo el 55% de las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero.

La Declaración de Nueva York sobre Migrantes y Refugiados, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 19 de setiembre de 2016, introduce el cambio climático como uno de los motivos del desplazamiento humano:

La humanidad ha estado en movimiento desde los tiempos más antiguos. Algunas personas se desplazan en busca de nuevas oportunidades económicas y nuevos horizontes. Otras lo hacen para escapar de los conflictos armados, la pobreza, la inseguridad alimentaria, la persecución, el terrorismo o las violaciones y abusos de los derechos humanos. Hay otras personas que se desplazan por los efectos adversos del cambio climático o de desastres naturales (algunos de los cuales pueden estar vinculados al cambio climático) u otros factores ambientales. Muchos se trasladan, de hecho, debido a varios de esos motivos⁶⁰³.

Dentro de los compromisos asumidos por los Estados en esta Declaración, en relación con las personas migrantes como consecuencia del cambio climático, destaca:

La migración debe ser una opción, no una necesidad. Tomaremos medidas que tengan por fin, entre otros, implementar la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, entre cuyos objetivos se cuentan los de erradicar la pobreza extrema y la desigualdad, revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible, promover sociedades pacíficas e inclusivas fundadas en el estado de derecho y el derecho internacional de los derechos humanos, crear las condiciones necesarias

⁶⁰² Naciones Unidas, Objetivos de Desarrollo Sostenible, accesado el 20 de noviembre de 2019, <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/climate-change-2/>.

⁶⁰³ Asamblea General de Naciones Unidas, Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, accesado el 23 de noviembre de 2019, <https://www.acnur.org/5b4d0eee4.pdf>.

para el crecimiento económico equilibrado, sostenible e inclusivo y el empleo, combatir la degradación del medio ambiente y asegurar la eficacia de las respuestas a los desastres naturales y los efectos adversos del cambio climático⁶⁰⁴.

También, se asumió como compromiso:

Ayudaremos, con imparcialidad y según las necesidades, a los migrantes de países que atraviesan conflictos o desastres naturales, coordinando la labor, según proceda, con las autoridades nacionales competentes. Si bien reconocemos que no todos los Estados están participando en ellas, hacemos notar, en este sentido, la iniciativa Migrantes en Países en Crisis y la Agenda para la Protección de los Desplazados Fronterizos en el Contexto de los Desastres y el Cambio Climático, aprobada en el marco de la Iniciativa Nansen⁶⁰⁵.

Posteriormente, el 17 de diciembre de 2018 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el Pacto Global sobre los Refugiados, el cual busca dar una guía a los Estados sobre cómo debe atender la situación de las personas refugiadas en el mundo.

En todo el mundo persisten los desplazamientos de refugiados en gran escala y las situaciones de refugiados prolongadas. La protección y la atención de los refugiados son de vital importancia para las personas afectadas y una inversión de futuro, pero es importante que vayan acompañadas de medidas específicas para abordar las causas profundas. El clima, la degradación ambiental y los desastres naturales no provocan, en sí mismos, los desplazamientos de refugiados, pero interactúan cada vez más con las causas de estos movimientos. En primer lugar, los países de origen de los desplazamientos de refugiados tienen la responsabilidad de combatir las causas que los originan. Sin embargo, la prevención y la resolución de las situaciones de refugiados en gran escala también son motivo de profunda preocupación para la comunidad internacional en su conjunto y requieren la adopción de medidas tempranas para abordar sus causas y los factores desencadenantes, así como una intensificación de la cooperación entre los actores de los ámbitos político, humanitario, del desarrollo y de la paz⁶⁰⁶.

Conviene enfatizar que el término atinente a persona refugiada implica toda una protección especial internacional, cuyo eje jurídico central es la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo. Es por esto, precisamente, que la discusión sobre el término de personas refugiadas ambientales tiene una gran relevancia, debido a las consecuencias jurídicas que conlleva, es decir, a la inclusión de las personas migrantes con motivo de los efectos del cambio climático dentro de este fuero de protección especial.

En ese sentido, la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), ha reconocido la necesidad de atender esta problemática que se

⁶⁰⁴ *Ibíd.*

⁶⁰⁵ *Ibíd.*

⁶⁰⁶ Asamblea General de Naciones Unidas, Pacto Global sobre los Refugiados, accesado el 23 de noviembre de 2019, https://acnur.org/5c782d124#_ga=2.130802569.780725695.1575544761-352609949.1575544761.

acrecienta día con día, y ha señalado que las personas desplazadas que cruzan fronteras debido al cambio climático y los desastres naturales, pueden también necesitar protección internacional⁶⁰⁷.

Como seguimiento a la Iniciativa de Nansen, mencionada líneas atrás, se creó la Plataforma sobre Desplazamiento por Desastres, la cual es una iniciativa liderada por distintos Estados para la protección de personas desplazadas a través de fronteras debido a desastres naturales y al cambio climático⁶⁰⁸, en la que participan como invitados permanentes la OIM y el ACNUR.

Asimismo, el ACNUR realizó un mapeo de guías y herramientas internacionales y regionales para evitar, minimizar, abordar y facilitar soluciones al desplazamiento humano debido al efecto del cambio climático⁶⁰⁹. En este documento se hace referencia a un número importante de iniciativas y herramientas desarrolladas por distintas organizaciones internacionales, de cara a los procesos de adaptación y mitigación que deben realizar los países para atender este fenómeno social.

El criterio del ACNUR, en el caso de las personas desplazadas como consecuencia de los efectos del cambio climático, es que algunas de ellas pueden eventualmente cumplir con los criterios necesarios para otorgárseles la condición de refugiado, en los términos de la Convención de 1951, o aún, de criterios de protección más amplios establecidos en la legislación regional. Sin embargo, debido a que algunos de los desplazamientos realizados por este motivo se dan dentro de las fronteras de sus propios países, no podría hablarse allí de personas refugiadas, en un sentido técnico. Por este motivo, y porque no se trata exactamente de personas perseguidas, en los términos establecidos por la Convención, considera que el término adecuado es “*personas desplazadas en el contexto de desastres naturales y cambio climático*”, y rechaza el de refugiadas climáticas⁶¹⁰.

El Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, también conocido como Acuerdo de Escazú, fue adoptado el 4 de marzo de 2018⁶¹¹. Su objetivo, según se establece en el artículo 1 del Acuerdo, consiste en:

⁶⁰⁷ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Cambio climático y desplazamiento por desastres, accesado el 20 de mayo de 2020, <https://www.acnur.org/cambio-climatico-y-desplazamiento-por-desastres.html>.

⁶⁰⁸ Plattform on Disaster Displacement, accesado el 22 de mayo de 2020, <https://disasterdisplacement.org/about-us>.

⁶⁰⁹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Mapping of existing international and regional guidance and tools on averting, minimizing, addressing and facilitating durable solutions to displacement related to the adverse impacts of climate change, United Nations High Commissioner for Refugees, accesado el 23 de mayo de 2020, <https://unfccc.int/sites/default/files/resource/WIM%20TFD%20II.4%20Output.pdf>.

⁶¹⁰ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Cambio climático y desplazamiento por desastres.

⁶¹¹ Su origen tiene lugar en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20), y específicamente, en el Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992. Al respecto, ver Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, accesado el 23 de mayo de 2020. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf, 7.

garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible.

Establece la obligación de los Estados de garantizar el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano, y al goce de todos los derechos humanos relacionados con el Acuerdo. Hace un especial énfasis en el derecho al acceso a la información ambiental, la participación ciudadana, el acceso a la justicia en materia ambiental, así como en la protección a defensoras y defensores de derechos relacionados con el ambiente.

El Acuerdo de Escazú constituye un instrumento jurídico novedoso que pretende llevar adelante los esfuerzos regionales para garantizar el derecho a un medio ambiente sano y otros derechos de suma relevancia para el desarrollo sostenible de los países. Sin embargo, en el mismo no se encuentra regulación alguna sobre los derechos de las personas migrantes o desplazadas como consecuencia del cambio climático pues, como hemos dicho, su enfoque está dirigido hacia otros ejes temáticos.

Como se puede observar, existe un profuso desarrollo doctrinario y de *soft law*, así como iniciativas por parte de distintos organismos internacionales para atender, no solo el grave problema que enfrenta la humanidad debido al cambio climático, sino también, y específicamente, la situación de las personas migrantes y desplazadas como consecuencia de desastres naturales ligados a este fenómeno.

Sin embargo, no se cuenta en la actualidad con un instrumento jurídico vinculante dirigido específicamente a la población migrante y desplazada como consecuencia de los efectos del cambio climático, vacío legal que analizaremos más adelante.

3.3 Normativa regional

Dentro del Sistema de Integración Centroamericana (SICA), se creó en 1990 la Comisión Centroamericana de Directores de Migración (OCAM), la cual se encuentra conformada por las Directoras y los Directores de Migración de los países miembros a saber: Belice, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y República Dominicana. Además, existe un número importante de países observadores que dan seguimiento a las acciones de la Comisión.

En este ámbito regional, han surgido iniciativas como el Sistema Regional de Monitoreo de Desplazamiento Forzado⁶¹², el cual tiene como base las acciones estipuladas en el Plan de Acción de Brasil. Se trata de un instrumento que pretende documentar y analizar la información relativa al desplazamiento forzado de personas en Centroamérica, motivado por la violencia.

Existe además, el Convenio de Creación de la Visa Única Centroamericana para la Libre Movilidad de Extranjeros entre las Repúblicas de El Salvador, Guatemala,

⁶¹² Sistema de Integración Centroamericana, Sistema Regional de Monitoreo de Desplazamiento Forzado, accesado el 1 de diciembre de 2019, https://www.sica.int/documentos/presentacion-sobre-el-sistema-regional-de-monitoreo-de-desplazamiento-forzado_1_120432.html.

Honduras y Nicaragua. Este busca precisamente armonizar la legislación y los sistemas migratorios regionales, con el fin de facilitar el paso de personas en la región.

Se han impulsado así importantes iniciativas para la regulación de los derechos de las personas migrantes en la región, como la propuesta de la Política Migratoria Regional Integral, y la Conferencia Regional sobre Migración, que pretenden coordinar una mayor cooperación entre los países en materia migratoria.

El Centro de Coordinación para la Prevención de los Desastres en América Central y República Dominicana (CEPRENAC), por su parte, es un organismo intergubernamental también creado en el marco del SICA, que promueve la cooperación internacional en cuanto a prevención, mitigación, atención y respuesta a desastres⁶¹³. Sus ejes de trabajo se establecen en la Política Centroamericana de Gestión Integral de Riesgo de Desastres (PCGIR)⁶¹⁴, y consisten en: i) reducción del riesgo de desastres en la inversión para el desarrollo económico sostenible, ii) desarrollo y compensación social para reducir la vulnerabilidad, iii) ambiente y cambio climático, iv) gestión territorial, gobernabilidad y gobernanza, y v) gestión de los desastres y recuperación.

La Conferencia Regional sobre Migración (CRM), en la que participan Belice, Canadá, Costa Rica, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y República Dominicana, constituye también un esfuerzo regional importante para coordinar y promover la cooperación sobre la migración entre los Estados Miembros⁶¹⁵. Resulta de suma relevancia la guía elaborada por la Iniciativa Nansen para los países miembros de la CRM, titulada “Protección para personas que se desplazan a través de fronteras en el contexto de desastres⁶¹⁶, en la que se analizan una serie de prácticas eficaces para la protección de las personas migrantes en este contexto, de manera que puedan ser implementadas en la región.

Al igual que a nivel internacional, y pese a la existencia de innumerables esfuerzos regionales de carácter político y programático, no existe un instrumento jurídico centroamericano que tutele los derechos de las personas migrantes o internamente desplazadas con motivo de desastres naturales ocasionados por el cambio climático.

3.4 Normativa nacional

En el caso de la normativa de cada uno de los países, y con excepción de Guatemala, no se ubicó un instrumento jurídico específico para la atención de las personas desplazadas debido a los efectos del cambio climático. Por ello, se hará referencia a las leyes respectivas que regulan la situación de las personas migrantes en general, en cada país.

⁶¹³ Centro de Coordinación para la Prevención de los Desastres en América Central y República Dominicana (CEPRENAC), accesado el 24 de mayo de 2020, <https://www.cepredenac.org/quienes-somos>.

⁶¹⁴ *Ibíd.*

⁶¹⁵ Conferencia Regional sobre Migración, accesado el 20 de marzo de 2020, <https://www.crmsv.org/es>.

⁶¹⁶ Conferencia Regional sobre Migración, Guía de prácticas eficaces para los países miembros de la CRM. Protección para personas que se desplazan a través de fronteras en el contexto de desastres, accesado el 30 de marzo de 2020, <https://disasterdisplacement.org/wp-content/uploads/2016/11/GUÍA-PARA-PROTECCIÓN-DE-PERSONAS-QUE-SE-DESPLAZAN-EN-CONTEXTO-DE-DESASTRES.pdf>.

3.4.1 Guatemala

En Guatemala el reciente Código de Migración, aprobado mediante Decreto del Congreso de la República número 44-2016 el 18 de octubre de 2016, prevé en su artículo 68 el ingreso al país de personas por razones humanitarias, y específicamente señala: *a) Por catástrofe natural en los países vecinos, que obliga a las personas o grupos de personas a salvar sus vidas.*

3.4.2 El Salvador

En El Salvador es la Ley de Migración del 19 de diciembre de 1958 el instrumento jurídico que regula los derechos de las personas migrantes en ese país. Se cuenta además con una Política Institucional de protección y vinculación para los salvadoreños migrantes, como un instrumento para el abordaje de las personas migrantes en este país.

El Salvador cuenta con la Ley del Medio Ambiente de 1998, que es el marco esencial de protección al ambiente en ese país. Esta ley hace una breve mención a los “Planes Nacionales para el Cambio Climático”. Existe un proyecto de Ley de Cambio Climático que está siendo discutido en el país desde hace algunos años y que ha sido sometido a consulta ante distintas organizaciones de la sociedad civil, sin embargo, aún no ha sido aprobado por el órgano legislativo⁶¹⁷.

3.4.3 Honduras

En Honduras es la Ley de Migración y Extranjería del 3 de marzo de 2004, la que regula la situación de las personas migrantes. Asimismo, se cuenta con la Ley de Población y Política Migratoria que regula la situación de las personas extranjeras en Honduras, así como la de las personas hondureñas que residen en el extranjero.

Honduras cuenta además con una Ley de Cambio Climático, adoptada el 10 de noviembre de 2014, en la que se establece el marco esencial de actuaciones para atender la situación de vulnerabilidad ambiental del país. Pese a que se trata de una ley relevante en la región, no cuenta con previsión alguna en relación a las personas desplazadas debido a este fenómeno.

3.4.4 Nicaragua

En Nicaragua, los derechos de las personas migrantes se encuentran regulados en la Ley General de Migración y Extranjería, aprobada por la Asamblea Nacional el 31 de marzo de 2011. Igualmente, el país cuenta con un Programa Nacional Desarrollo 2018-2021, el cual pretende ordenar y regular los flujos migratorios conforme los intereses nacionales, asegurar la atención eficiente para los trámites y gestiones de documentos migratorios y proteger los derechos de los nicaragüenses en el exterior⁶¹⁸.

⁶¹⁷ Friedrich Ebert Stiftung, Legislación sobre Cambio Climático: un desafío para El Salvador, Yvette Aguilar, accesado el 2 mayo de 2020, <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/fesamcentral/11502.pdf>.

⁶¹⁸ Gobierno de Reconciliación y Unidad Nacional, Ejes del Programa Nacional Desarrollo 2018-2021, accesado el 1 de diciembre de 2019, <https://www.el19digital.com/app/webroot/tinymce/source/2018/00-Enero/Del22al28Enero/Viernes26Enero/EJES%20DEL%20PROGRAMA%20NACIONAL%20DE%20DESARROLLO%20HUMANO.pdf>.

En cuanto a los efectos del cambio climático, la Ley General del Medio Ambiente y los Recursos Naturales cuenta con un apartado que regula la adaptabilidad de Nicaragua al cambio climático. Se emiten allí una serie de directrices para mitigar los efectos del cambio climático e impulsar mecanismos de adaptación para atender las necesidades de las poblaciones vulnerables⁶¹⁹.

3.4.5 Costa Rica

En el caso de Costa Rica, el marco jurídico en la materia migratoria está dado por la Ley General de Migración y Extranjería⁶²⁰, que regula la situación de las personas migrantes en nuestro país. Asimismo, en el año 2013 se lanzó desde el Poder Ejecutivo una Política Migratoria Integral orientada a la promoción de los derechos de las personas migrantes en Costa Rica.

Resulta necesario señalar que Costa Rica cuenta con un número importante de instrumentos jurídicos que regulan la protección del medio ambiente y que además buscan la adaptación a los efectos del cambio climático. En el marco del Acuerdo de París, el país se comprometió a desarrollar un Plan Nacional de Adaptación al cambio climático, siendo de especial interés para el tema que nos ocupa el *“contar para el año 2020 con planes de ordenación territorial en todas las ciudades y todos los cantones costeros, contemplando la vulnerabilidad al cambio climático y las medidas de adaptación y mitigación respectivas.”*⁶²¹

Costa Rica destaca en la escena internacional debido a los múltiples esfuerzos que realiza no solo en materia de protección ambiental, sino que también ha asumido un liderazgo importante a nivel global en la lucha contra el cambio climático. Pese a ello, en la actualidad aún no se cuenta con un instrumento que tutele en particular los derechos de las personas migrantes y desplazadas en este contexto.

3.4.6 Panamá

En Panamá la normativa principal relativa a los derechos de las personas migrantes se encuentra en el Decreto ley número 3 del 22 de febrero de 2008. De especial importancia resultaron los decretos ejecutivos 343 sobre “Permiso de residencia permanente para países amigos” y 804 sobre “Permiso de residencia temporal para profesionales”.

Resulta de interés mencionar el Decreto Ejecutivo número 34 del 5 de febrero de 1999, en el que se abordó la situación de las personas nicaragüenses que se trasladaron a territorio panameño como consecuencia de los efectos devastadores que sobre ese país tuvo el huracán Mitch. De conformidad con este decreto, se otorgó status de residente a

⁶¹⁹ Asamblea Nacional de la República de Nicaragua, Ley General del Medio Ambiente y Recursos Naturales, accesado el 2 de marzo de 2020, [http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/\(\\$All\)/1B5EFB1E58D7618A0625711600561572?OpenDocument](http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/($All)/1B5EFB1E58D7618A0625711600561572?OpenDocument). En particular lo dispuesto a partir del artículo 60.

⁶²⁰ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, Ley General de Migración y Extranjería, accesado el 3 de abril de 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=4694&nValor3=4971&strTipM=TC.

⁶²¹ Universidad Nacional de Costa Rica, Ambientico, accesado el 12 de noviembre de 2019, <http://www.ambientico.una.ac.cr/pdfs/art/ambientico/258-2-3.pdf>.

las personas que ingresaron al país antes del 31 de diciembre de 1994 y que cumplieran con ciertos requisitos⁶²².

4. Desarrollo jurisprudencial de los derechos de las personas migrantes y desplazadas en la región

4.1. Sistema Universal de Protección de Derechos humanos

En el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos se ha dado un importante desarrollo en cuanto a los derechos de las personas migrantes e internamente desplazadas debido a los efectos del cambio climático. Ello puede constatarse no solo a nivel jurídico, político e institucional, como se ha analizado ya, sino también, y de forma más concreta, en distintas resoluciones que han contribuido al avance en estos derechos.

Así, en su resolución E/2017/L.24, el Consejo Económico y Social (ECOSOC), sobre el fortalecimiento de la coordinación de la asistencia humanitaria de emergencia que prestan las Naciones Unidas⁶²³, exhortó a los Estados miembros a adoptar medidas para garantizar la protección a los derechos de las personas refugiadas, solicitó que se redoblen esfuerzos para proteger a las personas desplazadas internamente, a fomentar su autosuficiencia y resiliencia, y a que:

aborden el carácter prolongado de los desplazamientos mediante la adopción y aplicación de políticas y estrategias multianuales, cuando proceda, de conformidad con los marcos nacionales y regionales, reconociendo al mismo tiempo que los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos son un marco internacional importante para proteger a los desplazados internos, y, a este respecto, reconoce la función central de las autoridades e instituciones nacionales y locales a la hora de satisfacer las necesidades específicas de los desplazados internos, de seguir haciendo frente a las barreras y obstáculos que entorpecen el apoyo a los desplazados internos y de buscar soluciones duraderas para los desplazamientos, sobre todo gracias al apoyo continuo y cada vez mayor que la comunidad internacional les presta, cuando lo solicitan, para desarrollar la capacidad de los Estados...⁶²⁴

Reconoce en esta resolución el ECOSOC el aumento en los desastres naturales, lo que contribuye a desplazamientos de personas. A su vez, estos flujos migratorios ejercen presión sobre las comunidades receptoras, situaciones que exigen el fortalecimiento de las iniciativas dirigidas a atender las necesidades de las personas desplazadas y migrantes como consecuencia de los efectos del cambio climático, particularmente de quienes se encuentren en situaciones de vulnerabilidad⁶²⁵.

El Consejo de Derechos Humanos en su resolución HRC/35/L.32, del 19 de junio de 2017⁶²⁶, sobre derechos humanos y cambio climático establece “*la urgencia de proteger y*

⁶²² Ministerio de Gobierno y Justicia, Decreto Ejecutivo número 34 del 5 de febrero de 1999, “Por el cual se dictan algunas medidas administrativas para legalizar la residencia definitiva de nacionales de la República de Nicaragua, que se encuentran indocumentados en el país”, accesado el 2 de mayo de 2020, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10067.pdf>.

⁶²³ Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, resolución número E/2017/L.24, dictada el 14 de julio de 2017, accesado el 22 de abril de 2020, <https://undocs.org/es/E/2017/L.24>.

⁶²⁴ *Ibíd.*, párrafo 29.

⁶²⁵ *Ibíd.*, párrafo 30 y siguientes.

⁶²⁶ Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, resolución número A/HRC/35/L.32, del 19 de junio de 2017, accesado el 18 de mayo de 2020, <https://undocs.org/es/A/HRC/35/L.32>.

*promover los derechos humanos de los migrantes y las personas desplazadas a través de fronteras internacionales, en el contexto de los efectos adversos del cambio climático, en particular las personas procedentes de los pequeños Estados insulares en desarrollo y los países menos adelantados*⁶²⁷. Asimismo, y de particular importancia, en esta resolución el Consejo reconoce “*que la movilidad humana relacionada con el cambio climático y los efectos de este en los derechos humanos son cuestiones de naturaleza transversal*”⁶²⁸, y exhorta a los Estados a integrar una perspectiva de género en los planes de mitigación y adaptación frente a los efectos del cambio climático, en el caso de las personas migrantes y desplazadas debido a estos efectos.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, por su parte, mediante la resolución número A/RES/72/132, del 11 de diciembre de 2017, sobre cooperación internacional para la asistencia humanitaria en los casos de desastre natural, desde el socorro hasta el desarrollo⁶²⁹, alienta a las Naciones Unidas a seguir aumentando el apoyo a los Estados para la implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, “*en particular mediante el aumento de la resiliencia frente a los desastres, la reducción del riesgo de desplazamiento en el contexto de los desastres y el apoyo a la capacidad de preparación y respuesta en los planos nacional y local*”⁶³⁰.

Se hace en esta resolución un llamado a los Estados Miembros a adoptar leyes y políticas que aborden esos desplazamientos, detallen las responsabilidades y las medidas para reducir al mínimo los efectos de los desastres, protejan y ayuden a los desplazados internos después de los desastres y establezcan, promuevan y apoyen soluciones seguras, dignas y duraderas, y, a este respecto, alienta a los Estados Miembros a que adopten, según proceda, normas acordes con los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, el Marco de Soluciones Duraderas para los Desplazados Internos del Comité Permanente entre Organismos y los principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo⁶³¹

4.1.1. Un precedente histórico

En un caso concreto, y de particular importancia para el tema que se aborda, el Comité de Derechos Humanos emitió una decisión publicada el 7 de enero de 2020, en el caso *Ioane Teitiota v. Nueva Zelanda* (CCPR/C/127/D/2728/2016). El asunto responde a una queja interpuesta por el señor Ioane Teitiota, debido a la denegación de su solicitud de asilo por parte de Nueva Zelanda, en el año 2015. Teitiota alegó ante el Comité que Nueva Zelanda atentó contra el derecho a la vida y a la salud suya y de su familia, al rechazar su petición.

El recurrente afirmó que los efectos del cambio climático y el aumento en los niveles del mar, le obligaron a migrar de su hogar en la isla de Tarawa, Kiribati. Como parte del cuadro fáctico demostrado se tuvo que en esta región, el acceso al agua potable es escaso debido a la salinización y alta población de Tarawa. El aumento de tierras

⁶²⁷ *Ibíd.*, párrafo 7.

⁶²⁸ *Ibíd.*, párrafo 9.

⁶²⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución número A/RES/72/132, del 11 de diciembre de 2017, accesado el 22 de mayo de 2020, <https://undocs.org/es/A/RES/72/132>.

⁶³⁰ *Ibíd.*, párrafo 4.

⁶³¹ *Ibíd.*, párrafo 11.

inhabitables debido a la erosión ha provocado una crisis en el acceso a tierras y a vivienda. Como consecuencia de estas situaciones, Teitiota alegó que en la isla se ha desencadenado un ambiente hostil y violento, al que tanto él como su familia se encontraban expuestos⁶³².

En el procedimiento interno de solicitud de protección, el Tribunal de Protección e Inmigración de Nueva Zelanda consideró: *“while in many cases the effects of environmental change and natural disasters will not bring affected persons within the scope of the Refugee Convention, no hard and fast rules or presumptions of non-applicability exist. Care must be taken to examine the particular features of the case.”*⁶³³

En esta decisión, que el ACNUR calificó como histórica⁶³⁴, el Comité de Derechos Humanos, reconoció en primer lugar, en relación con el derecho a la vida y la degradación causada por el cambio climático lo siguiente:

The Committee further recalls that the obligation of States parties to respect and ensure the right to life extends to reasonably foreseeable threats and life-threatening situations that can result in loss of life. States parties may be in violation of article 6 of the Covenant even if such threats and situations do not result in the loss of life. Furthermore, the Committee recalls that environmental degradation, climate change and unsustainable development constitute some of the most pressing and serious threats to the ability of present and future generations to enjoy the right to life⁶³⁵.

El Comité consideró que Nueva Zelanda dio un debido trámite a la solicitud formulada por el recurrente, que fue analizada a la luz de la Convención de 1951 y al Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y que dio credibilidad a sus alegatos. Estimó que tanto el Tribunal de Protección e Inmigración como la Corte Suprema de ese país, valoraron la posibilidad de que los efectos del cambio climático o de otros desastres naturales podrían constituir la base para la protección solicitada por Teitiota. Determinó que el Estado de Nueva Zelanda realizó un análisis adecuado de su solicitud de protección y valoró todos los elementos aportados al evaluar la situación de riesgo expuesta por Teitiota y concluyó que no se demostró una conducta judicial arbitraria o una denegación de justicia, y que no existió en el caso una violación al artículo 6 del PIDCP.

Pese a lo anterior, el Comité realizó importantes observaciones en cuanto a la protección que deben dar los Estados a las personas migrantes en el contexto del cambio

⁶³² Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Ioane Teitiota v. New Zealand* (advance unedited version), CCPR/C/127/D/2728/2016, UN Human Rights Committee (HRC), accesado el 10 de mayo de 2020, <https://www.refworld.org/cases,HRC,5e26f7134.html> [accessed 21 May 2020], 2.

⁶³³ “Aunque en muchos casos los efectos del cambio climático y los desastres naturales no serán aplicables en el marco de la Convención de Refugiados, no existen reglas rígidas de exclusión definidas. Debe examinarse con cautela las particularidades del caso concreto.”

⁶³⁴ Noticias ONU, “El Comité de Derechos Humanos abre la puerta a las solicitudes de asilo por cambio climático”, accesado el 10 de mayo de 2020, <https://news.un.org/es/story/2020/01/1468291>.

⁶³⁵ “El Comité recuerda además que la obligación de los Estados parte de respetar y asegurar el derecho a la vida se extiende a las amenazas y situaciones potencialmente mortales razonablemente previsibles que puedan ocasionar la muerte. Los Estados parte pueden incurrir en una violación del artículo 6 del Pacto incluso si esas amenazas y situaciones no provocan la muerte. Además, el Comité recuerda que la degradación del medio ambiente, el cambio climático y el desarrollo insostenible constituyen algunas de las amenazas más graves para que las generaciones presentes y futuras puedan disfrutar del derecho a la vida.”

climático e hizo referencia expresa a la aplicación del principio de no devolución al afirmar:

The Committee takes note of the observation of the Immigration and Protection Tribunal that climate change-induced harm can occur through sudden-onset events and slow-onset processes. Reports indicate that sudden-onset events are discrete occurrences that have an immediate and obvious impact over a period of hours or days, while slow-onset effects may have a gradual, adverse impact on livelihoods and resources over a period of months to years. Both sudden-onset events (such as intense storms and flooding) and slow-onset processes (such as sea level rise, salinization, and land degradation) can propel cross-border movement of individuals seeking protection from climate change-related harm. The Committee is of the view that without robust national and international efforts, the effects of climate change in receiving states may expose individuals to a violation of their rights under articles 6 or 7 of the Covenant, thereby triggering the *non-refoulement* obligations of sending states. Furthermore, given that the risk of an entire country becoming submerged under water is such an extreme risk, the conditions of life in such a country may become incompatible with the right to life with dignity before the risk is realized.⁶³⁶

Resulta de interés agregar que en una opinión disidente, el Comisionado Laki Muhumuza consideró que efectivamente el quejoso se encontraba en una situación de riesgo para su derecho a la vida, debido a las dificultades existentes en Kiribati para el acceso al agua, como consecuencia de las condiciones ambientales desfavorables, así como las dificultades significativas para el cultivo de alimentos. Afirmó que la decisión de Nueva Zelanda de enviar a esta persona a su país de origen era similar a obligarle a quedarse en un buque que se hunde, alegando que hay más pasajeros con él a bordo, y que aún si Kiribati hace lo propio para atender las condiciones desfavorables, la vida y la dignidad de las personas se mantiene en riesgo.

Como ha podido observarse, en el Sistema de Protección Universal de Derechos Humanos se ha llevado a cabo un importante desarrollo jurisprudencial que busca impulsar a los Estados a adoptar leyes y políticas dirigidas a la protección de las personas migrantes y desplazadas debido a los efectos del cambio climático.

4.2 Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

4.2.1 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Si bien la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), es un órgano cuasi jurisdiccional, resulta de interés mencionar algunos de los avances realizados por

⁶³⁶ “El Comité toma nota de la observación del Tribunal de Inmigración y Protección de que el daño inducido por el cambio climático puede ocurrir a través de eventos repentinos y de inicio lento. Los informes indican que los eventos de inicio repentino son sucesos discretos que tienen un impacto inmediato y evidente durante un período de horas o días, mientras que los efectos de inicio lento pueden tener un impacto adverso y gradual en los medios de vida y los recursos durante un período de meses a años. Tanto los eventos de inicio repentino (como tormentas intensas e inundaciones) como los procesos de inicio lento (como el aumento en el nivel del mar, la salinización y la degradación de la tierra) pueden impulsar el movimiento transfronterizo de personas que buscan protección como consecuencia de los daños relacionados con el cambio climático. El Comité opina que sin esfuerzos nacionales e internacionales firmes, los efectos del cambio climático en los estados receptores pueden exponer a las personas a una violación de sus derechos contenidos en los artículos 6 o 7 del Pacto, lo que desencadenará las obligaciones de no devolución de los estados emisores. Además, dado que el riesgo de que todo un país se sumerja bajo el agua es tan extremo, las condiciones de vida en ese país pueden volverse incompatibles con el derecho a una vida digna incluso antes de su materialización.”

parte de este órgano y en particular, de la relatoría sobre los derechos de las personas migrantes, sobre el tema en cuestión.

Así, en los últimos cinco años se han publicado los siguientes informes de interés:

- Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México (2014)
- Situación de derechos humanos de familias, niños, niñas y adolescentes no acompañados refugiados y migrantes en los Estados Unidos de América (2015)
- Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazamientos internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (2015)
- Desplazamiento interno en el Triángulo Norte de Centroamérica: Lineamientos para la formulación de políticas públicas (2018)
- Migración forzada de personas nicaragüenses a Costa Rica (2019)

Aunque se ha dado un amplio desarrollo en la protección de los derechos de las personas migrantes en el marco de la CIDH, no se cuenta aún con un informe que analice la situación de las personas desplazadas en el contexto del cambio climático en la región.

Por otro lado, en el sistema de peticiones y casos de la CIDH, no se conoce aún sobre un informe emitido específicamente en cuanto a este tema.

3.2.1 La Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), existe un importante desarrollo en cuanto a la protección al ambiente, así como en lo relativo a los derechos de las personas migrantes y refugiadas. Sin embargo, a la fecha, la Corte aún no ha resuelto un caso contencioso, ni conocido una opinión consultiva en cuanto a este tema en específico.

Pese a lo anterior, resulta de importancia mencionar la Opinión Consultiva OC-23/17, emitida el 15 de noviembre de 2017, en la que la Corte IDH resolvió una consulta formulada por Colombia, sobre las obligaciones de los Estados de cara al derecho a un medio ambiente sano. En esa oportunidad, la Corte IDH estableció:

47. Esta Corte ha reconocido la existencia de una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan el goce efectivo de los derechos humanos. Asimismo, el preámbulo del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “Protocolo de San Salvador”), resalta la estrecha relación entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales -que incluye el derecho a un medio ambiente sano - y la de los derechos civiles y políticos, e indica que las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros.

La Corte IDH ha puesto especial énfasis en el respeto a los territorios de los pueblos indígenas y tribales, y esta Opinión Consultiva no es la excepción, pues en ella indicó:

48. En particular, en casos sobre derechos territoriales de pueblos indígenas y tribales, este Tribunal se ha referido a la relación entre un medio ambiente sano y la protección de derechos humanos, considerando que el derecho a la propiedad colectiva de estos está vinculado con la protección y acceso a los recursos que se encuentran en los territorios de los pueblos, pues estos recursos naturales son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dichos pueblos. Asimismo, la Corte ha reconocido la estrecha vinculación del derecho a una vida digna con la protección del territorio ancestral y los recursos naturales. Al respecto, este Tribunal ha determinado que, en atención a la situación de especial vulnerabilidad de los pueblos indígenas y tribales, los Estados deben adoptar medidas positivas encaminadas a asegurar a los miembros de estos pueblos el acceso a una vida digna -que comprende la protección de la estrecha relación que mantienen con la tierra- y su proyecto de vida, tanto en su dimensión individual como colectiva. Igualmente, este Tribunal ha resaltado que la falta de acceso a los territorios y los recursos naturales correspondientes puede exponer a las comunidades indígenas a condiciones de vida precarias o infrahumanas, a mayor vulnerabilidad ante enfermedades y epidemias, así como someterlas a situaciones de desprotección extrema que pueden conllevar varias violaciones de sus derechos humanos, además de ocasionarles sufrimiento y perjudicar la preservación de su forma de vida, costumbres e idioma.

En casos emblemáticos como *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* y *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, la Corte IDH se ha pronunciado ampliamente sobre los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales.

Sin embargo, como se ha mencionado, la Corte IDH aún no se ha referido de manera expresa a la situación de las personas migrantes y desplazadas como consecuencia de los efectos del cambio climático en la región.

3.3 Jurisprudencia centroamericana

En la región, es la Corte Centroamericana de Justicia el órgano jurisdiccional creado en el marco del SICA encargado de aplicar el Derecho Comunitario. Este Tribunal, a la fecha, no se ha pronunciado en relación con el tema que es objeto de esta investigación.

Pese a lo anterior, existe una resolución que amerita ser mencionada, emitida en el contexto del conflicto por la construcción de una carretera paralela al cauce del Río San Juan. El 4 de diciembre de 2012, la Corte Centroamericana de Justicia condenó a Costa Rica por los daños ecológicos provocados al Río San Juan con la construcción de esta carretera.

Si bien Costa Rica no ha reconocido la competencia de la Corte, se trata de un precedente de suma importancia, en el que se sostiene que el país irrespetó sus obligaciones de carácter comunitario, al no consultar con su vecino, Nicaragua, sobre una obra que tendría un importante impacto ambiental en la zona fronteriza.⁶³⁷

⁶³⁷ Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, *Agronoticias: Actualidad agropecuaria de América Latina y el Caribe*, “La Corte Regional condena a Costa Rica por daños al Ríos

3.4 Jurisprudencia nacional

En Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica, no se ubicó jurisprudencia desarrollada en relación con las personas migrantes y desplazadas como consecuencia del cambio climático en la región.

En Costa Rica existe abundante jurisprudencia relacionada con la adopción de normativa internacional, sobre la adaptación y mitigación de los efectos del cambio climático en general, que proviene especialmente de la Sala Constitucional. Sobresale la jurisprudencia en la que se analiza la obligación de brindar servicios públicos esenciales de cara al cambio climático⁶³⁸.

El máximo órgano jurisdiccional, mediante resolución 5052-2011⁶³⁹, analizó los efectos del cambio climático, y su correlato con los principios constitucionales del Estado Social y Democrático de Derecho. En el caso en cuestión, se reclamaba la utilización de un terreno privado por parte de autoridades municipales para abrir caminos basándose en un decreto de emergencia, en el contexto de los embates ocasionados por la tormenta tropical Thomas. En este importante voto, la Sala determinó que:

Uno de los temas más importantes en la actualidad, es el relativo al Cambio Climático y sus impactos. Como consecuencia del mismo, se dan alteraciones frecuentes de naturaleza climática, afectando muchas regiones del mundo. Nuestro país no está exento a dichas alteraciones, siendo uno de sus efectos las tormentas tropicales, cada vez más frecuentes en nuestra región, tormentas que provocan la saturación de los suelos, el crecimiento de los cauces de los ríos, altos índices de humedad, en fin, deslizamientos, e inundaciones incontrolables para el ser humano. Se trata de una calamidad pública, si bien ocasionada por hechos de la naturaleza, en la cual participamos los seres humanos como responsables. De ahí que la Comunidad Internacional, mediante Tratados Internacionales haya creado mecanismos para ir logrando, de manera gradual y progresiva, la mitigación y la adaptación a los fenómenos del cambio climático. En nuestro país, recientemente, entre los días 3 y 4 de noviembre de 2010, aconteció una de las emergencias más importantes de la última década; fue un hecho público y notorio, en el cual se vio involucrada toda la población, la gran cantidad de deslizamientos y desastres provocados por la Tormenta Tropical Thomas, la cual cobró, incluso, gran cantidad de vidas humanas, y dejó a la intemperie y totalmente incomunicados a gran cantidad de Comunidades urbanas y rurales en diferentes zonas del país. Por esa razón, el Poder Ejecutivo promulgó el Decreto No. 36252-MP, de 4 de noviembre de 2010, en donde se declara Emergencia Nacional, con miras a salvaguardar y tutelar, como bien de interés público, la vida, la seguridad y la salud de los habitantes, convocando a todas las instituciones públicas y privadas a buscar soluciones acordes a la magnitud del desastre, lo cual tiene su sustento no solamente en los artículos 140 incisos 3 y 18, y 180 de la Constitución Política, sino también en el artículo 74 de la misma, que establece los principios de Justicia Social y Solidaridad Nacional como valores fundamentales y primarios que deben regir en un Estado Social y Democrático de Derecho.

Con base en lo anterior, la Sala resuelve que la intervención en propiedad privada se fundamenta en la expresión del principio de solidaridad nacional, puesto que

San Juan”, accesado el 10 de octubre de 2020, <http://www.fao.org/in-action/agronoticias/detail/es/c/510281/>.

⁶³⁸ Ver por ejemplo, Sala Constitucional, resolución número 17397-2019, de las doce horas y cincuenta y cuatro minutos del 11 de setiembre de 2019, sobre el derecho al agua.

⁶³⁹ Sala Constitucional, resolución número 5052-2011, de las once horas y veintiún minutos de 15 de abril de 2011.

se requería abrir el paso para que las personas afectadas pudieran tener acceso a artículos de uso personal, salud y alimentación, y en general, para atender las necesidades básicas de la población que había sido aislada.

Como se ha mencionado, existe abundante jurisprudencia constitucional en relación con la protección del ambiente y los efectos del cambio climático. Sin embargo, no se ubicó jurisprudencia específica en relación con el tema de interés.

En el caso de Panamá, se ubicó una acción de amparo en la que se impugnó una serie de actos encaminados a la propuesta de una ley para declarar área protegida el Humedal Bahía de Panamá. Se alegó que en estas actuaciones se incumplió con el requisito de participación ciudadana, y que el mencionado proyecto pretendía reducir los límites del área protegida Humedal Bahía de Panamá. En lo que interesa, el accionante afirmó:

la limitación del Humedal Bahía de Panamá, acrecienta la situación de vulnerabilidad y riesgo frente al cambio climático al que están expuestas las poblaciones urbanas que colindan con el área protegida. Y que por lo demás, supone una negación al goce pacífico del derecho referido, devalúa las propiedades de quienes residen en torno al área, aumenta el riesgo de desplazamientos o reubicaciones forzosas debido a que las viviendas podrían volverse inhabitables e incrementa la posibilidad de grave lesión patrimonial contra las familias, las cuales tendrían que seguir pagando préstamos hipotecarios aun cuando ya no podrían seguir utilizando tales propiedades, y sin que los riesgos emergentes sean cubiertos por los seguros existentes.⁶⁴⁰

El Pleno de la Corte Suprema de Panamá decidió no pronunciarse en relación con los aspectos sustantivos traídos a su conocimiento, debido a que el proyecto de ley al que se hacía referencia en la acción de amparo dejó de debatirse en la Asamblea Nacional. Sin embargo, no deja de resultar de interés la argumentación del accionante al alegar que la propuesta de regulación aumentaba el riesgo de desplazamientos en la zona, debido a los efectos del cambio climático en el área protegida y sus colindancias.

5. Consideraciones conclusivas: retos y desafíos de la protección de los derechos humanos de las personas migrantes y desplazadas como consecuencia del cambio climático en la región

A partir del análisis realizado en el presente estudio, es posible sostener que efectivamente existe un vacío normativo en el reconocimiento de los derechos de las personas migrantes y desplazadas debido al cambio climático en la región. Pese a los innumerables esfuerzos impulsados desde las Naciones Unidas, desde la sociedad civil e incluso desde los Estados, no existe a la fecha un instrumento jurídico a nivel global, a nivel regional o a nivel nacional, que tutele los derechos de las personas migrantes y desplazadas en el contexto del cambio climático.

Existe un amplio desarrollo del tema en el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, pues desde las Naciones Unidas se han venido realizando múltiples esfuerzos para atender el impacto del cambio climático en general. Desde la adopción de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático en 1992, hasta las distintas acciones a nivel global que buscan implementar el Acuerdo

⁶⁴⁰ Corte Suprema de Justicia de Panamá, resolución del 29 de abril de 2015 en el expediente 488-14, accesado el 28 de mayo de 2020, <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>.

de París y conseguir el compromiso de los Estados para llevar a cabo planes de adaptación y mitigación a los efectos del cambio climático, es claro que se trata de un tema central que permea toda la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

Es importante resaltar el abordaje que desde el ACNUR y la OIM se ha dado a la situación de las personas desplazadas debido a los efectos del cambio climático. De especial relevancia se considera la resolución del Comité de Derechos Humanos en el caso de *Ioane Teitiota v. Nueva Zelanda*, en el que el Comité afirmó la necesidad de protección internacional de las personas desplazadas en este contexto y la posible aplicación del principio de no devolución por parte de los Estados.

En el marco del SICA y en cada país, pese a que existen múltiples esfuerzos dirigidos a proteger a la población migrante e internamente desplazada, no existe regulación alguna, con la excepción del Código de Migración de Guatemala, que regule la situación de estas personas en el contexto del cambio climático. Debe destacarse en el caso panameño, el Decreto Ejecutivo número 34 del 5 de febrero de 1999, mediante el que se otorgó residencia permanente a las personas nicaragüenses que ingresaron al país como consecuencia de los efectos del huracán Mitch.

A nivel interamericano, pese a que existe un importante desarrollo jurisprudencial sobre el derecho a un ambiente sano, no se conoce hasta el momento la tramitación de una petición o un caso que promueva la regulación de los derechos de las personas migrantes y desplazadas debido a los efectos del cambio climático en la región.

Ante este panorama y la inminente necesidad de proteger a la población migrante y desplazada debido a los efectos del cambio climático en Centroamérica, consideramos que resulta esencial la creación de un instrumento jurídico regional que establezca un marco de protección para estas personas.

Más allá de la disyuntiva sobre si debe tratarse a estas personas como refugiadas ambientales o no, estimamos que debido a que se trata al final de cuentas de un desplazamiento forzado que implica el desarraigo de su lugar de origen y posiblemente una especial situación de vulnerabilidad, estas personas deben ser sujetos de una protección multinivel que permita garantizar el goce efectivo de sus derechos humanos.

En la experiencia internacional se ha demostrado que algunos países contemplan regulación más amplia para la condición de refugiado que la establecida en la Convención de 1951⁶⁴¹. A través de la implementación de estos criterios más amplios de regulación, podría contemplarse la situación de las personas desplazadas debido a los efectos del cambio climático.

Asimismo, como se indicó en la parte introductoria de este artículo, a menudo sucede que las causas que llevan a una persona a desplazarse pueden ser diversas, y no siempre claramente discernibles unas de otras, máxime en países donde la existencia de conflictos preexistentes se ve ahora agravada por los efectos del cambio climático.

⁶⁴¹Véase el informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, “In Harm’s Way: International protection in the context of nexus dynamics between conflict or violence and disaster or climate change”, accesado el 23 de mayo de 2020, <https://www.unhcr.org/5c1ba88d4.pdf>.

Por esto, ya sea mediante la figura de refugiado entendida en un sentido más amplio, ya sea mediante la creación de una nueva figura jurídica dirigida a abordar esta situación en particular, consideramos que es urgente contar con un instrumento jurídico que tutele adecuadamente los derechos de las personas migrantes y desplazadas como consecuencia de los efectos del cambio climático en la región. Esta regulación, en nuestro criterio, debe contemplar una perspectiva interseccional, de manera que puedan ser atendidas las situaciones específicas de diferentes grupos de personas en situaciones disímiles de vulnerabilidad, frente a la condición en común de desplazamiento como consecuencia del cambio climático.

Fuentes bibliográficas:

Libros:

Brandariz García, José Ángel, y Monclús Masó, Marta. *Políticas y prácticas de control migratorio: estudio comparativo del control de los migrantes en el contexto latinoamericano y europeo*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Didot, 2014.

Changala Quaglia, Ricardo y Randall Arias Solano. *Migraciones laborales: sistematización y análisis de las políticas y los marcos de los acuerdos regionales y nacionales adoptados por los países del SICA*, editado por Gabriela León Segura y Abelardo Morales Gamboa. San José, Costa Rica: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 2014.

Estrada Recinos, Federico, Gabriela León Segura y Noemi Molina Escobar. *Migraciones y derechos laborales en Centroamérica: características de las personas migrantes y de los mercados de trabajo*, editado por Abelardo Morales Gamboa. San José, Costa Rica: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 2012.

León Araya, Andrés, et al. *Migraciones en América Central: Políticas, territorios y actores*, editado por Carlos Sandoval García. San José, Costa Rica: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2016.

Monzón, Ana Silvia. *Las viajeras invisibles: mujeres migrantes en la región centroamericana y el sur de México*. Guatemala: Consejería en Proyectos, 2006.

Sandoval García, Carlos. *No más muros: exclusión y migración forzada en Centroamérica*. San José, Costa Rica: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2015.

Téllez León, Daniela y Wilfredo Magaña Guillén. *La Migración en Centroamérica: democracia en Nicaragua. 25 años desde una perspectiva jurídica*. Managua, Nicaragua: Fundación Friedrich Ebert, 2016.

Artículos académicos:

Carrasco González, Gonzalo. "La migración centroamericana en su tránsito por México hacia los Estados Unidos." *Alegatos* 27, 83 (2018): 169-194.

Odrizola, Ignacio. "Desplazados sin nombre: dificultades y desafíos en torno a una definición universal de 'refugiados climáticos'". *Revista Jurídica de Buenos Aires* 42, 95 (Buenos Aires, 2017): 87-112.

Rivers-Moore, Megan. "Los usos de la trata en Centroamérica: Migración, género, sexualidad." *Anuario de Estudios Centroamericanos* (2011): 87-103.

Torres-Rivas, Edelberto, y Dina Jiménez. "Informe sobre el estado de las migraciones en Centroamérica." *Anuario de Estudios Centroamericanos* 11, 2 (1985): 25-65.

Informes:

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. In Harm's Way: International protection in the context of nexus dynamics between conflict or violence and disaster or climate change. Suiza: ACNUR, 2018. <https://www.unhcr.org/5c1ba88d4.pdf>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México. Washington: CIDH, 2013. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Situación de derechos humanos de familias, niños, niñas y adolescentes no acompañados refugiados y migrantes en los Estados Unidos de América. Washington: CIDH, 2015. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Refugiados-Migrantes-EEUU.pdf>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazamientos internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Washington: CIDH, 2015. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Desplazamiento interno en el Triángulo Norte de Centroamérica: Lineamientos para la formulación de políticas

públicas. Washington: CIDH, 2018.
<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/DesplazamientoInterno.pdf>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Migración forzada de personas nicaragüenses a Costa Rica. Washington: CIDH, 2019.
<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MigracionForzada-Nicaragua-CostaRica.pdf>.

Internal Displacement Monitoring Center. *Global Report on Internal Displacement*. Noruega, 2016. <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/2016-global-report-internal-displacement-IDMC.pdf>.

Friedrich Ebert Stiftung. Legislación sobre Cambio Climático: un desafío para El Salvador, Yvette Aguilar, 2015. <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/fesamcentral/11502.pdf>.

Organización Internacional para las Migraciones. Tendencias migratorias en Centroamérica, Norteamérica y el Caribe. San José: OIM, 2019.
https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/tendencias_migratorias_en_centroamerica_y_el_caribe_ac_junio_2019_vf.pdf.

Organización Internacional para las Migraciones. World Migration Report 2018. Ginebra: OIM, 2017.
https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2018_en.pdf.

Programa Estado de la Nación. *Quinto Informe Estado de la Región en Desarrollo Humano Sostenible*. San José, 2016.
<https://estadonacion.or.cr/informe/?id=89555141-aef8-4341-b5c0-7777d70f5b51>.

Jurisprudencia:

Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. *Ioane Teitiota v. New Zealand* (advance unedited version), CCPR/C/127/D/2728/2016, UN Human Rights Committee (HRC). Accesado el 10 de mayo de 2020.
<https://www.refworld.org/cases,HRC,5e26f7134.html> [accessed 21 May 2020], 2.

Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Resolución número A/HRC/35/L.32. Accesado el 18 de mayo de 2020.
<https://undocs.org/es/A/HRC/35/L.32>.

Consejo Económico y Social de Naciones Unidas. Resolución número E/2017/L.24, dictada el 14 de julio de 2017. Accesado el 22 de abril de 2020.
<https://undocs.org/es/E/2017/L.24>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17, emitida el 15 de noviembre de 2017. Accesado el 3 de mayo de 2020. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf.

Corte Suprema de Justicia de Panamá. Resolución del 29 de abril de 2015 en el expediente 488-14. Accesado el 28 de mayo de 2020. <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica. Resolución número 5052-2011, de las once horas y veintiún minutos de 15 de abril de 2011.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica. Resolución número 17397-2019, de las doce horas y cincuenta y cuatro minutos del 11 de setiembre de 2019.

Normativa:

Asamblea General de Naciones Unidas. Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes. Accesado el 23 de noviembre de 2019. <https://www.acnur.org/5b4d0eee4.pdf>.

Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, resolución número E/2017/L.24 , dictada el 14 de julio de 2017. Accesado el 22 de abril de 2020, <https://undocs.org/es/E/2017/L.24>.

Asamblea General de Naciones Unidas. Pacto Global sobre los Refugiados. Accesado el 23 de noviembre de 2019. https://acnur.org/5c782d124#_ga=2.130802569.780725695.1575544761-352609949.1575544761.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, Ley General de Migración y Extranjería. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=4694&nValor3=4971&strTipM=TC.

Asamblea Nacional de la República de Nicaragua, Ley General del Medio Ambiente y Recursos Naturales. Accesado el 2 de marzo de 2020. [http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/\(\\$All\)/1B5EFB1E58D7618A0625711600561572?OpenDocument](http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/($All)/1B5EFB1E58D7618A0625711600561572?OpenDocument).

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe. Accesado el 23 de mayo de 2020. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf.

Consejo Económico y Social de Naciones Unidas. Principios Rectores de los Desplazados Internos. Accesado el 10 de noviembre de 2019. https://www.acnur.org/prot/prot_despl/5bff2c864/principios-rectores-de-los-desplazamientos-internos.html.

Declaración de Cartagena sobre Refugiados, accesado el 18 de noviembre de 2019, <https://www.acnur.org/5b076ef14.pdf>

Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados. Ginebra, 28 de julio de 1951. <https://www.acnur.org/5b0766944.pdf>

Sitios en línea:

Serraglio, Diogo Andriola. “La movilidad humana en el contexto climático; Un análisis de las políticas climáticas nacionales en América Latina”, *Migraciones climáticas* (blog). 30 de noviembre de 2018. http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_juridica/rjba-2017-ii.pdf.

Centro de Coordinación para la Prevención de los Desastres en América Central y República Dominicana (CEPRENAC). Accesado el 24 de mayo de 2020. <https://www.ceprenec.org/quienes-somos>.

Conferencia Regional sobre Migración. Accesado el 20 de marzo de 2020. <https://www.crmsv.org/es>.

Conferencia Regional sobre Migración, Guía de prácticas eficaces para los países miembros de la CRM. Protección para personas que se desplazan a través de fronteras en el contexto de desastres. Accesado el 30 de marzo de 2020, países <https://disasterdisplacement.org/wp-content/uploads/2016/11/GUÍA-PARA-PROTECCIÓN-DE-PERSONAS-QUE-SE-DESPLAZAN-EN-CONTEXTO-DE-DESASTRES.pdf>.

Gobierno de Reconciliación y Unidad Nacional. Ejes del Programa Nacional Desarrollo 2018-2021. Accesado el 1 de diciembre de 2019. <https://www.el19digital.com/app/webroot/tinymce/source/2018/00-Enero/Del22al28Enero/Viernes26Enero/EJES%20DEL%20PROGRAMA%20NACIONAL%20DE%20DESARROLLO%20HUMANO.pdf>.

Ministerio de Gobierno y Justicia, Decreto Ejecutivo número 34 del 5 de febrero de 1999, “Por el cual se dictan algunas medidas administrativas para legalizar la residencia definitiva de nacionales de la República de Nicaragua, que se encuentran

indocumentados en el país”, accesado el 2 de mayo de 2020, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10067.pdf>.

Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura. Agronoticias: Actualidad agropecuaria de América Latina y el Caribe. La Corte Regional condena a Costa Rica por daños al Ríos San Juan. Accesado el 10 de octubre de 2020. <http://www.fao.org/in-action/agronoticias/detail/es/c/510281>.

Organización de las Naciones Unidas. Objetivos de Desarrollo Sostenible. Accesado el 20 de noviembre de 2019. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/climate-change-2/>.

Noticias ONU. El Comité de Derechos Humanos abre la puerta a las solicitudes de asilo por cambio climático. Accesado el 10 de mayo de 2020. <https://news.un.org/es/story/2020/01/1468291>.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. “Cambio climático y desplazamiento por desastres”. Accesado el 20 de mayo de 2020. <https://www.acnur.org/cambio-climatico-y-desplazamiento-por-desastres.html>

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Mapping of existing international and regional guidance and tools on averting, minimizing, addressing and facilitating durable solutions to displacement related to the adverse impacts of climate change, United Nations High Commissioner for Refugees. Accesado el 23 de mayo de 2020. <https://unfccc.int/sites/default/files/resource/WIM%20TFD%20II.4%20Output.pdf>.

Organización de las Naciones Unidas. Objetivos de Desarrollo Sostenible. Accesado el 20 de noviembre de 2019. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/climate-change-2/>.

Organización Internacional para las Migraciones. “Migración, Medio Ambiente y Cambio Climático: Terminología, conceptos y estado de la cuestión para formuladores de políticas”. Accesado el 20 de noviembre de 2019. <https://environmentalmigration.iom.int/sites/default/files/Research%20Database/Módulo%201%20Serie%20Migración%2C%20Medio%20Ambiente%20y%20Cambio%20Climático%20Baja%20resol....pdf>.

Platform on Disaster Displacement. Accesado el 22 de mayo de 2020. <https://disasterdisplacement.org/about-us>.

Sistema de Integración Centroamericana. Sistema Regional de Monitoreo de Desplazamiento Forzado. Accesado el 1 de diciembre de 2019.

https://www.sica.int/documentos/presentacion-sobre-el-sistema-regional-de-monitoreo-de-desplazamiento-forzado_1_120432.html.

Universidad Nacional de Costa Rica. Ambientico. Accesado el 12 de noviembre de 2019. <http://www.ambientico.una.ac.cr/pdfs/art/ambientico/258-2-3.pdf>.

Tesis:

Avendaño Huete, Tania. “El acceso a la salud y a la seguridad social como derecho fundamental y humano de las mujeres migrantes nicaragüenses en Costa Rica.” Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2015.

Barrantes Morales, Jacqueline. “Protección jurídica de los derechos humanos de los niños y niñas migrantes en Centroamérica: menores no acompañados y separados.” Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2017.

Campos Zamora, Juan Andrés. “La garantía, protección y aseguramiento de condiciones para un ejercicio pleno de los derechos humanos de los niños, niñas, y adolescentes migrantes, desde la perspectiva de la Ley 8764 y la Política Migratoria 2013-2023: el caso de los menores migrantes irregulares en la Frontera Norte Peñas Blancas, Costa Rica.” Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Liberia, Costa Rica, 2019.

Moraga Sánchez, Kassandra. “El acceso a la justicia de las personas migrantes como promoventes en procesos laborales en vía judicial del período 2010 al 2015, en el Primer Circuito Judicial de San José en el Valle Central.” Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2015.

Quirós Cascante, Karen Zelmira. “Propuesta para la regulación en Costa Rica del desplazamiento forzoso de personas por causa del cambio climático en el marco de los derechos humanos.” Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2016.

Rivera Obando, Tracy Paola. “Análisis del proceso de implementación de la Ley N° 9095, desde el eje de prevención, como política pública contra la trata de personas durante el periodo 2013-2016 en Costa Rica.” Tesis de Licenciatura en Ciencias Políticas, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2019.

La Armonización del instituto de la adopción internacional de personas menores de edad y derecho a formar una familia en Centroamérica (aproximación comparada de algunos países miembros del SICA)

Brisa Campbell Argüello*

Sumario. 1. Introducción. 2. Concepto de adopción. 3. Tipos de adopción (Nacional e Internacional). 4. Fuentes del Derecho Internacional de la Adopción. 5. La adopción en algunos países miembros del SICA. 5.1. Costa Rica. 5.2. Guatemala. 5.3. Panamá. 5.4 Salvador. 6. Diferencias y semejanzas normativas. 7. Posición de la Corte Interamericana Sobre el concepto de familia. 8. Conclusiones. 9. Bibliografía.

1. Introducción

La adopción de menores de edad es una figura jurídica que requiere especial atención, pues es una de las formas, en que los niños carentes de familia puedan gozar de la misma y la protección que conlleva. Esta es la visión actual del instituto de la adopción; sin embargo, anteriormente y hasta finales del siglo pasado, se consideraba la adopción desde un punto de vista de los adultos, en el tanto, se daba con el fin de que las personas mayores de edad, que no podían tener descendencia de forma biológica o natural, pudieran adoptar a un menor, a efectos de convertirlo en su descendiente⁶⁴².

Esta visión ya fue superada, pues la adopción se ha de interpretar en aplicación del principio del interés superior del niño y la niña y su derecho a protección dentro de una familia. Asimismo, se ha establecido que la adopción es un fenómeno no sólo nacional sino internacional, por cuanto producto de diversos factores como: las desigualdades económicas, las guerras, la violencia interna de los países, desastres naturales y, otras circunstancias negativas, provoca que en dichos países surjan gran cantidad de niños, en abandono o en orfandad, que necesitan de una familia que los cuide. Y se tiene por otra parte países con mejores situaciones socioeconómicas, que ofrecen esas familias para criar dichos niños.

Enfocando el presente estudio a Centroamérica, sobre las desigualdades económicas, sociales y de seguridad en la región, se tiene que:

“Al revisar las condiciones económicas del Istmo Centroamericano se observa que la magnitud de la pobreza no es homogénea, debido a los contrastes entre países, entre regiones y entre sectores de la población. Por una parte, en esta

* Licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica, Máster en Criminología por la Universidad Estatal a Distancia, Doctoranda en Derecho de la Universidad De Costa Rica. Jueza en el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José.

1. Vilma Alpízar Matamoros, *La adopción internacional y su regulación en Costa Rica*, Revista Costarricense de Política Exterior, no 7 (junio 2009), disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26014.pdf>, (consultado el 14 de julio de 2020).

región se encuentran las naciones más pobres del hemisferio después de Haití. En 1997, Costa Rica y Panamá tenían los mejores niveles económicos de las seis naciones; en Costa Rica, el 20% de los hogares estaban bajo la línea de pobreza y el 7% en indigencia, mientras que en Panamá el 27% se hallaba en pobreza y el 10% en indigencia. En cambio, en El Salvador el 48% permanecía en situación de pobreza y 19% en indigencia; en Honduras 74% eran pobres y 48% indigentes (CEPAL, 1999)”⁶⁴³

Como se observa, nuestros países presentan diferentes niveles de desarrollo, ello también ha provocado que los países conocidos como el Triángulo Norte, es decir, Salvador, Honduras y Guatemala, sean los países de Centroamérica con un mayor número de migrantes, de igual forma, se ha indicado que parte de esa migración se da hacia Costa Rica, Panamá y Belice. Al respecto, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) señala:

“En el Triángulo Norte de Centroamérica se sufre altos niveles de violencia provenientes de grupos delictivos organizados, incluyendo un aumento sin precedentes en los índices de homicidios, violencia sexual, desapariciones, reclutamiento forzado en las pandillas armadas y extorsión. Esta violencia afecta a una amplia variedad de personas incluyendo niños y niñas, mujeres, así como personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersex (LGBTI). La inseguridad también está obligando a un número creciente de personas a huir de sus hogares y buscar protección internacional, principalmente en países fronterizos y vecinos. Los Estados Unidos de América, Belice, Costa Rica, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y El Salvador están afectados por esta situación, ya sea como países de origen, tránsito o destino, y en algunos casos son una combinación de esto.”

Todos estos fenómenos de migración, necesariamente también afectan a los menores de edad, quienes quedan muchas veces al cuidado de personas que no son familiares ni encargados legales de los mismos y resultan eventualmente en estado de abandono. Por lo anterior, se considera, que es necesaria una regulación centroamericana que permita la adopción internacional de manera ágil y segura, a efectos de brindar a los menores de edad un hogar y acceder a su derecho a formar parte de una familia, con la cual comparte aspectos culturales, que resulta un factor muy importante a tomar en cuenta, pero además esta legislación también permitirá en parte evitar el tráfico ilegal de menores.

Partiendo de lo anterior, es necesario, comparar nuestras legislaciones para conocer la tutela que realizan de este instituto, así como el proceso de adopción internacional vigente y, lograr de esta forma, obtener soluciones al problema que se plantea y, armonizar la legislación de cada uno de los países miembros del SICA, con el

2. Javier Alatorre, “Paternidad Responsable en el Istmo Centroamericano”, en Educación reproductiva y paternidad responsable en el Istmo Centroamericano, (CEPAL, 2002), disponible en: <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/2731>, (consultado última vez 14 de julio de 2020).

fin de proponer objetivos comunes en la tutela del derecho a la familia, y sobre todo a la luz de las recientes resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Como objetivo general nos hemos propuesto, establecer la necesidad de una regulación comunitaria que tutele el proceso de la adopción internacional a nivel centroamericano con el fin de establecer un trámite ágil y seguro.

Como objetivos específicos se plantea:

1. Estudiar la figura de la adopción, su naturaleza jurídica y las fuentes del derecho internacional relacionadas con ella.

2. Determinar cuál es la figura legal que regula la adopción de menores en cada uno de los ordenamientos jurídicos de estos países y asentar cuáles son las entidades gubernamentales que intervienen en el proceso de adopción.

3. Estudio de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relativos a la protección de los Derechos de los Niños y Niñas y su derecho a formar parte de una familia.

4. Establecer si el proceso de la adopción internacional, en los países miembros del SICA bajo estudio, está amparada en la Convención de la Haya sobre la protección de menores y la cooperación en materia del adopción del año 1993.

Para lograr estos objetivos, es necesario revisar la doctrina referente al tema de la adopción de las personas menores de edad, la legislación interna de cada uno de los países indicados, legislación convencional y, finalmente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2. Concepto de Adopción

Actualmente resulta evidente que todo niño y niña, tienen el derecho a contar con una familia, que les otorgue amor, protección y que les permita crecer sanos y felices, cubriendo sus necesidades no sólo básicas sino también afectivas; de igual forma, no hay duda de que los derechos de las personas menores de edad deben ser custodiados por los Estados, por cuanto se trata de los ciudadanos de un país, -pues tienen derecho a una nacionalidad y la protección especial de un Estado-⁶⁴⁴, que además se encuentran en condición de vulnerabilidad precisamente por su minoría de edad.

Sobre la figura de la adopción Cabanellas indica que: “tanto quiere decir como prohijamiento; que es una manera que establecieron las leyes por las cuales pueden los hombres ser hijos de otros, aunque no lo sean naturalmente”. La adopción es, pues, el acto por el cual se recibe como hijo nuestro, con autoridad real o judicial, a quien lo es

3. Organización de Estados Americanos, “Convención Americana de Derechos Humanos” (1969), art. 20 y art. 21, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf> (consultado el 14 de julio de 2020).

de otro por naturaleza”⁶⁴⁵. La adopción es además un instituto jurídico, perteneciente al derecho privado, cuya naturaleza no lo es de un contrato sino de normas de interés público.

En ese sentido se indica que: “la adopción no es un contrato: su jerarquía espiritual, sus propósitos, su régimen especial, su carácter permanente y su condición de fuente del estado civil, la configuran como una institución social o si se quiere como un acto complejo de derecho familiar.”⁶⁴⁶

De esta forma se tiene que este instituto jurídico, por tutelar derechos tan importantes para una población tan vulnerable, aunque se trata de derecho privado, requiere de la intervención estatal para su protección, ello es así porque como principio básico el Estado tiene la obligación de brindar protección especial a la familia y evitar la desintegración de esta. Esta protección se ve reflejada incluso a nivel de la OEA, la que creo un organismo especializado en materia de niñez y adolescencia, denominado Instituto Interamericano del niño, la niña y adolescentes (IIN), que mediante orientación técnica indicó que: “Ni la pobreza, ni la disfuncionalidad familiar pueden considerarse por sí mismas razones para promover la adopción. Por ello, el Estado está obligado a generar un sistema riguroso que garantice que los casos de adopción aprobados obedezcan a la adoptabilidad, la subsidiaridad y el interés superior de la niña, niño o adolescente”.⁶⁴⁷

De igual forma se indica por parte del IIN, que para que un niño o niña sea sujeto de adopción puede darse únicamente en dos supuestos, el primero, por la muerte de sus familiares biológicos, y se desconozca de otro vínculo consanguíneo que se haga responsable del menor y el segundo supuesto, es cuando existe abandono del menor, ya sea producto de la disfuncionalidad familiar que representa un grave peligro a su vida e integridad o por una imposibilidad efectiva de los padres biológicos de ejercer la maternidad o paternidad. En cualquiera de estos supuestos, se considera que siempre se deba dar prioridad a la familia de sanguínea:

“Subsidiariedad” significa que los Estados partes del Convenio reconocen que un niño debe ser criado por su familia de origen o su familia amplia, siempre que sea posible. Si esto no es posible o viable, deberán ser consideradas otras formas de cuidado familiar permanente dentro del país de origen. Solamente después de que haya sido dada la debida consideración a las soluciones nacionales debe

4. Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*, (Buenos Aires: undécima edición, editorial Helista, 1993), disponible en: <https://www.studocu.com/es-ar/document/universidad-de-ciencias-empresariales-y-sociales/derecho-mercantil/otros/diccionario-juridico-elemental-guillermo-cabanellas/4313164/view> (consultado el 14 de julio de 2020).

5. Miguel Angel Cardoza Ayala, *La adopción en el Salvador. Problemas actuales*, (Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2006) 4.

6. Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, *La Adopción: su régimen jurídico internacional*, (2010) disponible en: http://www.iin.oea.org/pdf-iin/oti/OTI_2_adopciones_Final.pdf (consultado el 14 de julio de 2020).

*considerarse la adopción internacional, y solamente si responde al interés superior del niño.*⁶⁴⁸

Este principio de subsidiaridad en cuanto a la figura de la adopción también ha sido respaldada por los criterios o estándares de Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto de la protección convencional de los derechos de los niños, así se indica en el Opinión Consultiva OC-17 del año 2002, que los niños tienen derecho a vivir con su familia quien es la llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, de forma tal que, “el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.”⁶⁴⁹

Se comprende entonces que la adopción es la última ratio y que tiene como fin primordial la protección del menor y su derecho a formar parte de una familia; ahora bien, desde un punto de vista realista, no se puede dejar de lado, que también tiene un interés para las personas adultas, que desean conformar una familia que conlleve dentro de su integración, un hijo o una hija y para el caso de esta investigación que sea menor de edad. Es decir, se conjugan ambos intereses, tanto el interés superior del menor y el deseo del adulto de formar una familia con descendientes.

3. Tipos de adopción.

Existen diferentes clasificaciones de este instituto jurídico, la más conocida diferencia la **adopción plena** – que es aquella en donde se sustituye a la filiación biológica, en donde finalizan todos los lazos entre el adoptado y su familia de sangre y estos surgen en relación con su familia adoptante, adquiriendo todos los derechos y deberes de un hijo consanguíneo para con sus adoptantes - de la **adopción simple**, esta implicaba, puesto que ha sido superada por muchos países, que el adoptado mantenía lazos con su familia consanguínea, subsistían derechos y deberes para con la familia biológica, pero la autoridad parental y la administración de los bienes pasaban a la dirección de la familia adoptante.⁶⁵⁰

Sin embargo, para los fines de esta investigación, al tratarse de un ejercicio de armonización de diferentes ordenamientos jurídicos, que se relacionan debido a que

7. Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, *La Adopción: su régimen jurídico internacional*, (2010) disponible en: http://www.iin.oea.org/pdf-iin/oti/OTI_2_adopciones_Final.pdf, (consultado el 14 de julio de 2020).

8. Humberto Nogueira A., *La protección convencional de los Derechos de los Niños y los estándares de la Corte IDH sobre medidas especiales de protección por parte de los Estados Partes respecto de los niños, como fundamento para asegurar constitucionalmente los Derechos*, Revista Ius et Praxis, año 23, no. 2 (2017), disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v23n2/0718-0012-iusetp-23-02-00415.pdf>, (consultado el 16 de julio de 2020).

9. Carlos Arturo Ramírez Martínez, *Efectos socio jurídicos de la adopción en El Salvador*, (Tesis de Grado, Universidad Francisco Gavidia, 2005) 6-7, disponible en: <http://ri.ufg.edu.sv/jspui/bitstream/11592/6427/1/346.0178-R163e.pdf>, (consultado el 16 de julio de 2020).

forman parte de la comunidad centroamericana, nos interesa la clasificación que se da cuando se cataloga en adopción nacional y adopción internacional.

La **adopción nacional** es aquella que se lleva a cabo por personas adoptantes, que viven en el mismo lugar de residencia del menor en condición de adoptabilidad, es decir, el niño y su nueva familia en una concepción amplia no tradicional, pertenecen al mismo país o tienen su domicilio legal en el mismo país.

Por su parte, la **adopción internacional** es aquella que es tramitada por personas con residencia permanente, fuera del territorio de origen del menor en condición de adoptabilidad, lo que va a implicar el desplazamiento del menor fuera de su país de origen.

Sobre la adopción internacional sostiene el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescencia, que:

“Solamente después de que haya sido dada la debida consideración a las soluciones nacionales debe considerarse la adopción internacional, y solamente si responde al interés superior del niño. La adopción internacional obedece al interés superior del niño si proporciona una familia permanente que le dé afecto al niño que necesita un hogar. La adopción internacional es una de las varias opciones de cuidado que pueden estar disponibles para los niños que necesitan de una familia”⁶⁵¹

Es clara la doctrina que la adopción internacional, si bien es una opción para proporcionar de una familia al menor, esta debe ser la última solución a la que se recurra, puesto que implica el desarraigo del menor, no sólo de su familia biológica, sino también de su país de origen y de sus costumbres.

Resulta de conocimiento público, que la adopción internacional, conlleva un riesgo para los menores de edad, que pueden ser víctimas de sustracción, venta, tráfico y trata de personas, por lo que los países miembros de la ONU adoptaron un convenio específico denominado Convenio relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en materia de Adopción Internacional, conocido como Convenio de la Haya, mismo que fue emitido el 29 de mayo del año 1993. Pero no es este el único instrumento internacional que constituye una fuente del derecho para los Estados al momento de regular y tutelar la adopción internacional, existen varios que de seguido se mencionan.

4. Fuentes del Derecho Internacional de la Adopción.

Existen varios instrumentos internacionales que regulan la protección de los niños, niñas y adolescentes, y que de conformidad con el principio de la supremacía de las normas internacionales de derechos humanos, constituyen parte del ordenamiento

10. Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, *La Adopción: su régimen jurídico internacional*, (2010) disponible en: http://www.iin.oea.org/pdf-iin/oti/OTI_2_adopciones_Final.pdf, (consultado el 14 de julio de 2020).

jurídico de los países bajo estudio. Pero además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, citada por la Comisión Americana de Derechos Humanos, ha indicado que dichas normas forman parte del *corpus iuris*, lo que conlleva que: “El concepto de *corpus juris*¹²⁵¹ en materia de niñez significa el reconocimiento a la existencia de un conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos de los niños, las niñas y los adolescentes”⁶⁵², entre dichos instrumentos se tienen los siguientes.

4.1 Convención Americana de Derechos Humanos.

La Convención Americana de Derechos Humanos (1969), establece en su artículo 19 los derechos del niño, e indica literalmente que: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”⁶⁵³. Asimismo, también resulta relevante el artículo 17 que tutela la protección a la familia, estableciendo en su inciso primero que: “La familia es el es elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”, este mismo artículo también regula la protección de los niños que nacen dentro y fuera del matrimonio, indicándose que tienen iguales derechos.⁶⁵⁴

4.2 Convención sobre los Derechos del Niño.

La Convención Sobre los Derechos del Niño⁶⁵⁵ (1989), también resulta fundamental como fuente de interpretación y de creación de normas, puesto que es una convención especialmente adoptada para la protección de los menores. En cuanto a la definición de quien es niño, se indica en el artículo primero, que es niño, toda persona menor de 18 años.

Con relación al derecho a estar con su familia y una eventual separación de la misma, indica en su artículo 9, párrafo primero:

“ 1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte

11. Comisión Americana de Derechos Humanos, *Informe Infancia y sus Derechos en el Sistema Interamericano de protección de derechos Humanos* (2009), disponible en: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Infancia2sp/Infancia2indice.sp.htm>, (consultado el 17 de julio de 2020).

12. Organización de Estados Americanos, *Convención Americana de Derechos Humanos* (1969), art. 19, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>, (consultado el 17 de julio de 2020)

13. *Ibidem.*, art.17.

14. Organización de las Naciones Unidas, *Convención de los derechos del Niño* (1989), disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>, (consultado el 5 de diciembre 2019) art., 1.

*de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.*⁶⁵⁶

Se indica expresamente entonces, que la separación de los niños de sus padres únicamente procede cuando, mediante un proceso judicial, se determine exista maltrato o descuido de sus padres biológicos, lo que como ya se indicó, coloca a los niños, niñas o adolescentes en una condición de adoptabilidad.

Respecto al instituto de la adopción, esta se establece en su artículo 20, y se indica el deber de los Estados parte de dar protección y asistencia, a los niños que temporal o permanentemente sean privados de su medio familiar, cuando así lo exija su interés superior; e indica en el punto 3 del mismo artículo que deberán:

*“ Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico ”.*⁶⁵⁷

Resulta de vital importancia, la tutela específica que se establece en este Convenio, sobre la necesidad de que los Estados Partes, procuren que se ubique a los niños y niñas en hogares en donde se compartan los orígenes étnicos, religiosos, culturales y de lenguaje, de las personas menores de edad, ello por cuanto a nivel de la región centroamericana compartimos precisamente por nuestra historia común, muchísimos de estos orígenes, lo que permite una mejor adaptación en el proceso de adopción por parte de todos los involucrados.

4.3. Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional.

Este Convenio es también conocido como **Convenio de la Haya** y fue adoptado el 29 de mayo de 1993, este Convenio desde su preambulo reconoce que:

*“para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión. Recordando que cada Estado debería tomar, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen. Reconociendo que la adopción internacional puede presentar la ventaja de dar una familia permanente a un niño que no puede encontrar una familia adecuada en su Estado de origen ”.*⁶⁵⁸

15. Organización de las Naciones Unidas, *Convención de los derechos del Niño* (1989), disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>, (consultado el 5 de diciembre 2019) art., 9.1.

16. Ídem., art. 20.

17. Naciones Unidas, *Convención De La Haya Sobre La Protección De Menores y La Cooperación En Materia De Adopción Internacional*, (1993), disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Convenio_Haya_Proteccion_del_Nino_Cooperacion_en_Materia_Adopcion_Internacional_Espana.pdf, (consultado el 3 de diciembre de 2019).

Es decir, nuevamente se pone de manifiesto que el derecho prioritario, es que los niños permanezcan con su familia consanguínea. Este instrumento resulta fundamental en el objeto de estudio de esta investigación, pues se trata precisamente de la adopción internacional y dentro de sus objetivos está, “ establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respecto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho Internacional”⁶⁵⁹, así como instaurar un sistema de cooperación entre los Estados Parte a efectos de asegurar esas garantías y prevenir además la sustracción, venta o tráfico de niños y niñas.

Se debe rescatar, que este Instrumento Internacional, se aplica sólo para niños y niñas, no cuando ya la persona por adoptar haya alcanzado la mayoría de edad. Asimismo, es claro en indicar que aplica cuando el niño o niña va a ser desplazado de su Estado de residencia (Estado de origen) a un Estado distinto, el cual será el Estado de recepción, es decir, en el caso de la adopción internacional.

Dentro de la condiciones de la adopción internacional, se establecen en el artículo cuarto, siendo cuatro los requisitos primordiales; **primero** que el menor sea *adoptable*⁶⁶⁰, como **segundo** requisito que no puede ser adoptado en su país de origen y que por ello la adopción internacional corresponde a su interés superior, **tercero** que las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción hayan sido asesorados sobre lo que implica una adopción internacional, que dicha decisión la adoptan libremente, sin que medie pago y que además cuando se requiere el consentimiento de la madre, este haya sido dado luego del nacimiento del niño o niña.

Finalmente como **cuarto** requisito, se establece que cuando, la edad de la persona menor de edad lo permita, se le haya asesorado adecuadamente, sobre lo que implica la adopción internacional, y cuando sea procedente, se tomen en cuenta sus deseos y opiniones y finalmente que no haya medido ningún tipo de pago para proceder con la adopción.

Respecto al procedimiento de la adopción internacional, se establece en el artículo 6, la obligatoriedad de cada Estado parte de designar una Autoridad Central, que será la encargada de cumplir con este Convenio, lo cual permitirá la colaboración entre los estados parte y de esta forma agilizar los trámites relativos a la adopción internacional.

El proceso para la adopción internacional se regula desde el artículo 14 y hasta el 22, donde se desarrolla el capítulo IV, que establece las condiciones del procedimiento, de interés se resalta que cuando una persona con una residencia habitual en un Estado contratante desee adoptar un niño que resida en otro Estado, lo primero que debe hacer es acudir a la Autoridad Central que se definió en el artículo 6 de su país de residencia e indicar que desea adoptar, oficina que preparará un informe en donde se indique la aptitud para adoptar de esta persona o personas. Es importante anotar, que no se habla de nacionalidades, sino de lugares de residencia habitual.

18. *Ibidem.*, art. 1.

19. *Ibidem.*, art. 4.

Una vez que se cuenta con dicho informe, la Autoridad Central contacta el Estado de origen del niño, y este Estado, verifica que el niño esté en condición de adoptable y preparará un informe al respecto, asimismo tomará el parecer del menor cuando proceda y se asegurará de haber tomado en cuenta el origen étnico, religioso y cultural del niño, lo cual, como ya se mencionó resulta muy importante para evitar un impacto emocional aún mayor en el niño.

Finalmente se realizan los trámites legales y judiciales correspondientes para la adopción, resulta muy relevante, el artículo 20 de la Convención que señala la importancia de dar un seguimiento al proceso de adopción, para verificar cómo avanza el mismo.

Sobre los efectos de la adopción internacional el artículo 26 y 27 hace referencia a la adopción plena y a la adopción simple, sobre la adopción plena indica el numeral 26:

“1. El reconocimiento de la adopción comporta el reconocimiento

a) del vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos;

b) de la responsabilidad de los padres adoptivos respecto al hijo;

c) de la ruptura del vínculo de filiación preexistente entre el niño y su madre y su padre, si la adopción produce este efecto en el Estado contratante en que ha tenido lugar.

2. Si la adopción tiene como efecto la ruptura del vínculo preexistente de filiación, el niño gozará, en el Estado de recepción y en todo otro Estado contratante en que se reconozca la adopción, de derechos equivalentes a los que resultan de una adopción que produzca tal efecto en cada uno de esos Estados.

3. Los apartados precedentes no impedirán la aplicación de disposiciones más favorables al niño que estén en vigor en el Estado contratante que reconozca la adopción.”⁶⁶¹

Además de estos Instrumentos Internacionales, también forman parte del *corpus jures*, la Convención Americana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, del 24 de mayo de 1984, la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, adoptada por las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1986, y en general, las normas internacionales (tratados, convenios, declaraciones, etc.) que protejan los derechos humanos en materia de la niñez⁶⁶².

20. Naciones Unidas, *Convención De La Haya Sobre La Protección De Menores y La Cooperación En Materia De Adopción Internacional*, (1993), disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Convenio_Haya_Proteccion_del_Nino_Cooperacion_en_Materia_Adopcion_Internacional_Espana.pdf, (consultado última vez el 16 de julio de 2020) art. 26.

21. Comisión Americana de Derechos Humanos, *Informe Infancia y sus Derechos en el Sistema Interamericano de protección de derechos Humanos* (2009), disponible en: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Infancia2sp/Infancia2indice.sp.htm>, (consultado el 17 de julio de 2020).

5. La adopción en algunos países miembros del SICA

En este apartado se analizará la figura jurídica de la adopción de las personas menores de edad, en cada uno de los ordenamientos jurídicos de los países bajo estudio, es decir, Costa Rica, Guatemala, Panamá y El Salvador, dando especial énfasis a la adopción internacional, a fin de determinar si se cumplen con las exigencias establecidas en la Convención de la Haya de 1993.

5.1. Costa Rica

En **Costa Rica**, la Constitución Política en su artículo 51 protege a las personas menores edad y a la familia al indicar que “La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente, tendrán derecho a esa protección la madre, el niño y la niña, las personas adultas mayores y las personas con discapacidad”⁶⁶³

Como se observa, esta protección constitucional a la familia, va en el mismo sentido que tienen los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, que reconocen como pilar de la sociedad la familia. De igual forma en la Constitución Política, artículo 55, se establece que la protección especial del menor, estará a cargo de una institución autónoma llamada Patronato Nacional de la Infancia⁶⁶⁴ (PANI), siendo este un actor fundamental en el proceso de adopción de menores, toda vez que la ley indica que siempre se le debe tener como parte de este, pero que además, es el encargado de custodiar en los diferentes albergues, a los menores que se encuentran en riesgo o en estado de abandono.

Como ya se indicó, la filiación puede ser vía natural o biológica y también vía adopción. En Costa Rica, la figura de la adopción se encuentra regulada en el Código de Familia a partir del artículo 100 y hasta el 130, en el Capítulo denominado Filiación por adopción. Y en el artículo 100 la define indicando: “La adopción es una institución jurídica de integración y protección familiar, orden público e interés social. Constituye un proceso jurídico y psicosocial, mediante el que el adoptado entra a formar parte de la familia de los adoptantes, para todos los efectos en calidad de hijo o hija.”⁶⁶⁵

Es importante resaltar que en Costa Rica, la ley únicamente contempla la adopción plena, así en su artículo 102 del Código de Familia, indica que dentro de los

22. Asamblea Legislativa de Costa Rica, *Constitución Política* (1949), art 51, disponible en: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=871&nValor3=117266&strTipM=TC, (consultado el 3 de diciembre de 2019).

23. Asamblea Legislativa de Costa Rica, *Constitución Política* (1949), art 55, disponible en: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=871&nValor3=117266&strTipM=TC, (consultado el 3 de diciembre de 2019).

24. Asamblea Legislativa de Costa Rica, *Código de Familia* (1974), art 100, disponible en: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=970, (consultado el 24 de octubre de 2019).

efectos de la adopción, entre los adoptantes y los adoptados se establecen los mismos vínculos jurídicos que unen a los padres con los hijos e hijas consanguíneas, y de seguido establece que el adoptado se desvincula en forma total y absoluta de la familia consanguínea, en donde no le resultaran obligaciones por razón de parentesco.

En el artículo 112 del Código de Familia, se hace referencia a la adopción internacional, y se indica que las personas sin domicilio en el país, pueden adoptar de forma conjunta o de manera individual a una persona menor de edad, que haya sido declarada apta para la adopción por la autoridad competente. Precisamente sobre esa condición de adoptabilidad en el numeral 113, se indica que procede cuando se trate de niños al cuidado y atención del PANI o de organizaciones privadas, una vez aprobados los estudios que indiquen que la adopción conviene al interés del menor, en sede administrativa será declarado adoptable y se remite el expediente al Juez competente para que declare el estado de abandono.

Sobre el proceso de adopción se regula a partir del artículo 125 del mismo cuerpo legal y se indica que para es el Juez de Familia del lugar de residencia del adoptante, el competente para conocer la gestión, esto en relación a la adopción nacional. Pero en relación a la adopción internacional, lo conocerá el Juez de Familia del lugar de residencia habitual del adoptando o menor de edad.

En Costa Rica las personas solicitantes de adopción internacional deben presentar su solicitud ante la Oficina de Adopciones del PANI denominada Consejo Nacional de Adopciones, pues esta es la Autoridad Central que Costa Rica designó para ser la oficina que indica la Convención de la Haya sobre adopción internacional, y una vez ahí se lleva a cabo el proceso tal y como se indica en el Convenio, es decir, que estas personas aporten el criterio técnico que indique que son idóneos para adoptar a una persona menor de edad, documento que es valorado por los técnicos del Consejo Nacional de Adopciones y luego de aprobarlo, ya se da el emparentamiento entre la persona adoptante y el adoptando. Este procedimiento se encuentra reglamentado en el Reglamento para los Procesos de Adopción Nacional e Internacional.⁶⁶⁶

Resulta importan resaltar la resolución número 5269-2011 de la Sala Constitucional dictada el 27 de abril del año 2011, en donde la Sala Constitucional de Costa Rica, declaró inconstitucional la jurisprudencia del Tribunal de Familia de San José, en donde se hacía una diferencia entre la adopción directa⁶⁶⁷ internacional y la adopción directa de niños que se encontraban institucionalizados.

25. Este reglamento fue publicado el 18 de enero del año 2017 y puede ser consultado en: <https://pani.go.cr/images/adopciones/Reglamento-Adopciones-2017.pdf>, (consultado el 17 de julio de 2020).

26. En ese sentido, sobre la adopción directa, el artículo 109 del Código de Familia en su inciso c) indica que son personas adoptables, aquellas personas menores de edad cuyos progenitores, según sea el caso, consentan ante la autoridad judicial correspondiente, la voluntad de entrega y desprendimiento, siempre que a juicio del juez, medien casusa justificadas suficientes y razonables que lo lleven a determinar este acto como lo más conveniente para el interés superior de la persona menor de edad.

Esta acción de inconstitucionalidad la presentó el Defensor Adjunto de los Habitantes y dentro de sus alegatos indicó puntos muy válidos, los cuales fueron declarados con lugar, argumenta el recurrente que dicha jurisprudencia en relación a la adopción directa internacional:

“... al no hacer exigibles las condiciones de dichos instrumentos internacionales, en la práctica se omite verificar si existen en Costa Rica recursos familiares o comunales idóneos de ubicación para el niño, la niña o el adolescente que se pretende adoptar; y lo más grave, se le resta importancia a las condiciones que la persona menor de edad afrontará en el Estado Receptor, pues se omite verificar lo atinente a: 1).- Condición legal de la agencia de adopción que brindará el seguimiento; 2).- Respaldo estatal en caso de incumplimiento de las agencias; 3).- Competencias atribuidas en el Estado Receptor a los organismos privados de adopción; 4).- Realización del seguimiento post adoptivo por parte de autoridades estatales públicas y no por personas interdependientes a título personal; y, 5).- Condición de idoneidad para adoptar, extendida por autoridad estatal competente en el país receptor, entre otros. Alega que dicha línea jurisprudencial es contraria a la Constitución Política, y al referido Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.”⁶⁶⁸

La Sala Constitucional, les da la razón e indica que el principio de subsidiaridad de la adopción, así como el requisito de declaratorio de adoptabilidad, también se debe cumplir con la relación directa internacional, es incluso más categórica en el por tanto al señalar que:

*“En consecuencia se declara inconstitucional la jurisprudencia del Tribunal de Familia de San José, según la cual las disposiciones del Convenio de la Haya no son aplicables a los casos de la adopción internacional directa. Esta sentencia tiene efectos declarativos y retroactivos a la fecha de vigencia de la jurisprudencia anulada, sin perjuicio de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada. **Se dimensionan los efectos de esta sentencia para que se entienda que, los Tribunales de Familia están obligados a aplicar las disposiciones del Convenio de La Haya a todo tipo de adopción internacional que todavía no esté firme,** y atendiendo siempre el interés superior del menor.”* (la negrita no pertenece al original).

Finalmente, se desea resaltar los requisitos que debe tener toda persona que, desee adoptar a una persona menor de edad, ya sea nacional o internacional, requisitos que se establecen en el artículo 106 del Código de Familia,⁶⁶⁹ Ahí se establece la necesidad de

27. Sala Constitucional de Costa Rica, Resolución número 5269-2011, del veintisiete de abril del año 2011, disponible en: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-511357> (consultado por última vez el 17 de julio de 2020).

28. Al respecto el artículo 106 del Código de Familia señala: “... Para ser adoptante, se requiere:
a) Poseer capacidad plena para ejercer sus derechos civiles.
b) Ser mayor de veinticinco años, en caso de adopciones individuales.

tener capacidad jurídica, ser mayor de 25 años, en caso de la adopción conjunta basta que uno de los adoptantes tenga esta edad, que sea por lo menos 15 años mayor que el adoptando, ser de buena conducta y reputación, y poseer los medios para asumir esta responsabilidad. Decía que es importante resaltar estos requisitos, por cuanto, al hablar de adopción conjunta, habla de cónyuge, y no de esposo y esposa, es decir, no se circunscribe únicamente a un matrimonio integrado por una pareja heterosexual, y siendo Costa Rica el primer país de Centroamérica en permitir el matrimonio igualitario⁶⁷⁰, será interesante observar cómo se resolverá el derecho adoptar de los matrimonios de personas del mismo sexo.

5.2 Guatemala.

En la República de **Guatemala**, la figura de la adopción, tratándose de derecho privado, estaba originalmente regulada en el Código Civil, sin embargo estos artículos fueron derogados por ley posterior, propiamente en el año 2007, con la promulgación de la Ley de Adopciones mediante Decreto número 77-2007. La presidente del Consejo Nacional sobre adopciones de Guatemala, al referirse a esta reforma legal indicó que esta ley, fue una de las leyes más trascendentales que el Congreso de Guatemala adoptó en los últimos años, pues era necesaria para dotar de transparencia el proceso de adopción de Guatemala, y reconoce que:

En adopciones conjuntas, bastará que uno de los adoptantes haya alcanzado esta edad.

(Ver la resolución 01-12994 del 19/12/2001, en el sentido de que el requisito de contar con una edad mínima de veinticinco años para ser adoptante, previsto en este artículo inciso b) no resulta inconstitucional).

c) Ser por lo menos quince años mayor que el adoptado, cuando este sea menor de edad y, diez años, cuando el adoptado sea mayor de edad. En la adopción conjunta esas diferencias se establecerán con respecto al adoptante de menor edad. En la adopción por un solo cónyuge esas diferencias también deberán existir con el consorte del adoptante.

(Así reformado el inciso anterior por el artículo único de la ley N° 9760 del 29 de octubre de 2019)

d) Ser de buena conducta y reputación. Estas cualidades se comprobarán con una prueba idónea, documental o testimonial, que será apreciada y valorada por el Juez en sentencia.

e) Poseer condiciones familiares, morales, psicológicas, sociales, económicas y de salud, que evidencien aptitud y disposición para asumir la responsabilidad parental.”

29. Se resuelve en el Por tanto: “[Nombre 003] -[Nombre 004]. Conforme al criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de que “226. *No obstante lo expuesto, esta Corte no puede ignorar que es posible que algunos Estados deban vencer dificultades institucionales para adecuar su legislación interna y extender el derecho de acceso a la institución matrimonial a las personas del mismo sexo, en especial cuando median formas rígidas de reforma legislativa, susceptibles de imponer un trámite no exento de dificultades políticas y de pasos que requieren cierto tiempo. Dado que estas reformas son fruto de una evolución jurídica, judicial o legislativa, que va abarcando otras zonas geográficas del continente y se recoge como interpretación progresiva de la Convención, se insta a esos Estados a que impulsen realmente y de buena fe las reformas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para adecuar sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas internos*” (opinión consultiva OC-24/17), y vista la potestad que ostenta la Sala de graduar y dimensionar los efectos de sus sentencias de inconstitucionalidad (ordinal 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), se insta a la Asamblea Legislativa, en el uso de su función legislativa constitucionalmente asignada, a que en el plazo de 18 meses, contado a partir de la publicación íntegra de este pronunciamiento en el Boletín Judicial, adecue el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo, en los términos expuestos en esta sentencia. En consecuencia, se mantiene la vigencia del inciso 6 del numeral 14 del Código de Familia hasta por el citado plazo de 18 meses.” (Sentencia número 12782-2018 de las Sala Constitucional).

“El Convenio de La Haya relativo a Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, es otro instrumento vigente, que complementa la Ley, lo que ha rescatado ya el prestigio de Guatemala ante la comunidad internacional, a raíz de las adopciones irregulares que derivaron en los años pasados en un negocio rentable, que convirtió a nuestros niños en mercancías para la exportación, desvirtuando así el verdadero espíritu de una institución tan maravillosa como lo es la Adopción.”⁶⁷¹

Al respecto de esta ley se debe indicar que consta de 68 artículos, en ella se define como su objeto “regular la adopción como institución de interés nacional y sus procedimientos judicial y administrativo”⁶⁷². Respecto de la adopción la define en su artículo segundo, como “una institución social de protección y de orden público tutelado por el Estado, en donde una persona toma como hijo propio al hijo biológico de otra persona”⁶⁷³.

Asimismo en su artículo nueve, identifica los tipos de adopción, y las clasifica en Adopción Nacional y en Adopción Internacional, señalando:

*“La adopción podrá ser: a. Nacional; b. Internacional. La adopción nacional tendrá siempre derecho preferente, la adopción internacional procederá subsidiariamente, sólo después de haberse constatado y examinado adecuadamente las posibilidades de una adopción nacional. De conformidad con lo establecido en el Convenio de la Haya sobre la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, cualquier autoridad competente que intervenga en el proceso de adopción deberá actuar apegada al principio de celeridad, en beneficio del interés superior del niño”.*⁶⁷⁴

Mediante esta ley -artículo 17- se crea además el Consejo Nacional de Adopciones, siendo esta la Autoridad, que será la encargada de velar por las adopciones internacionales, en cumplimiento en lo ordenado por el Convenio de la Haya.

Se establece también la necesidad de declarar la condición de adoptabilidad del menor, así en su artículo 12 expresa que podrán ser adoptados:

“a. El niño, niña o adolescente huérfano o desamparado; b. El niño, niña o adolescente que en sentencia firme se le haya declarado vulnerado su derecho de familia; c. Los niños, niñas y adolescentes cuyos padres biológicos hayan perdido en sentencia firme la patria potestad que sobre ellos ejercían; d. El niño, niña o adolescente cuyos padres biológicos hayan expresado voluntariamente su deseo

30. Consejo Nacional de Adopciones, *Presentación de la ley de Adopciones número 77-2007*, disponible en: http://www.cna.gob.gt/Documentos/Ley_de_Adopciones.pdf, (consultado por última vez el 17 de julio de 2020).

31. Congreso de la República de Guatemala, “Decreto número 77-2007: Ley de Adopciones; 31 de diciembre, 2007”, El SIPI, consultado el 3 de diciembre, 2019, http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_normativa/guatemala_decreto_nro_77_2007.pdf

32. *Ibíd.*

33. *Ibidem.*, artículo 9.

*de darlo en adopción; e. El hijo o hija de uno de los cónyuges o convivientes, en cuyo caso ambos padres biológicos deberán prestar su consentimiento, salvo que uno de ellos haya fallecido o hubiere perdido la patria potestad....*⁶⁷⁵

Esta condiciones, representa una diferencia con relación a la legislación costarricense, por cuanto, en Costa Rica, se indican dos supuestos, uno en caso de orfandad y casos de declaratoria de abandono, además de la renuncia a la patria potestad, mismos que son dictados por la autoridad judicial, sin embargo en la legislación Guatemalteca, hace una diferencia entre los niños en estado de desamparo, niños que se les haya declarado en sentencia vulnerado su derecho de familia y por otro lado niños cuyos padres hayan perdido la patria potestad de sus hijos, no quedando muy claro, cuál es la diferencia entre estas últimas tres opciones.

Finalmente con relación a los sujetos que pueden adoptar indica en su artículo 13, que podran hacerlo, “el hombre y la mujer unidos en matrimonio o en unión de hecho declarada de conformidad con la legislación guatemalteca, siempre que los dos estén conformes en considerar como hijo al adoptado.”

También indica que podran adoptar las personas solteras cuando así lo exija el interés superior del niño, es decir, lo que equivaldría en la legislación costarricense a la adopción individual. El resto de la normativa, describe el proceso de adopción tanto nacional como internacional, adaptándose dicha ley a lo exigido por la Convención de la Haya, con lo cual su regulación resulta muy similar a la de Costa Rica.

Situación actual

No obstante lo anterior, no puede obviarse que en la actualidad, Guatemala presenta una situación muy delicada en cuanto a las adopciones internacionales, al punto de que se encuentran suspendidas, incluso si se visita la página oficial del Consejo Nacional de Adopciones, no se observa a simple vista, ninguna referencia a la adopción internacional, esto es así debido a que previo a la promulgación de la ley de adopciones, se permitía en Guatemala, la adopción privada o vía notario.

En este tipo de adopciones notariales, la Procuraduría General Nacional tenía el deber de dar seguimiento a las mismas, lo que no realizó y provocó muchísimas irregularidades en las adopciones internacionales, pues se determinó que los niños, niñas en Guatemala estaban siendo víctimas de tráfico, así lo indicó la Corte Interamericana en el Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala, del 9 de marzo de 2018. En el cual se determinó que los niños **Gustavo Tobar Fajardo y Osmín Tobar Ramírez**, fueron separados de su madre sin darle una mínima oportunidad para recuperarlo, siendo puestos de manera casi expedita en adopción en Estados Unidos.

34. *Ibidem.*, Ley de Adopciones, art 12.

Sin embargo, el problema de las adopciones internacionales irregulares no terminó con la promulgación de la ley, sino que continuó, por lo que la Comisión Internacional contra la impunidad en Guatemala (Cicig) debió investigar el asunto y concluyó que:

La falta de control por parte de las instituciones encargadas de brindar protección a los niños guatemaltecos, dio lugar a un lucrativo negocio y a la consecuente formación de estructuras que, para responder a la demanda, se dedicaron a la captación mediante amenazas, coacción, aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la madre y robo o compra de niñas y niños para enviarlos al extranjero. Para tal efecto se han cometido una serie de delitos tales como falsedad de documentación, alteración de documentos públicos, sustracción de menores, etc. los cuales han requerido de la asociación previa de varias personas, incluidos los agentes del Estado, para la consecución de sus fines. Esto explica la formación de redes de delincuencia organizada transnacional, que tuvo como consecuencia la preocupación a nivel internacional por parte de organismos internacionales, principalmente de Naciones Unidas y la suspensión de trámites adopción internacional de niños guatemaltecos por parte de algunos países europeos, mediante resolución del Parlamento Europeo.”⁶⁷⁶

5.3. Panamá.

En la **República de Panamá** la figura de la Adopción se regulaba en el Código de Familia, que entró en vigencia el 3 de enero del año 1995. En su artículo número 20 define el parentesco por adopción al indicar que lo constituye “la relación que existe entre el adoptante y sus parientes, con el adoptado y sus descendientes”.⁶⁷⁷ Y propiamente sobre la figura legal en su numeral 290 señala que la “adopción es la institución jurídica familiar en favor del hijo o hija que no lo es por consanguinidad”⁶⁷⁸. Ahora bien, este país también vivió cambios normativos, con la promulgación del Convenio de la Haya de 1993.

Así, el 17 de julio del año 2013, se promulgó la Ley General de Adopciones, misma que en su artículo primero establece su ámbito de aplicación, circunscribiéndolo a la adopción de personas menores de edad que hayan sido declaradas en estado de adoptabilidad previa resolución judicial⁶⁷⁹. En el artículo cinco se establece que la Autoridad Central en materia de adopciones nacionales e internacionales lo será la

35. Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala, *Informe sobre actores involucrados en el proceso de adopciones irregulares en Guatemala a partir de la entrada en vigor de la Ley de Adopciones*, (Guatemala, diciembre 2010), disponible en: https://www.cicig.org/uploads/documents/informes/INFOR-TEMA_DOC05_20101201_ES.pdf, (consultado por última vez el 17 de julio de 2020).

36. Asamblea Nacional de Panamá, No. 3: *Código de Familia*, (17 de mayo, 1994) VLEX, disponible en <http://vlex.com/vid/codigo-familia-41489878> (consultado el 2 de diciembre, 2019).

37. *Ibíd.*

38. Asamblea Nacional de Panamá, *Ley No. 46 Ley General de Adopciones* (17 de julio, 2013), disponible en: <https://senniaf.gob.pa/wp-content/uploads/2018/04/La-Ley-46-del-17-de-julio-de-2013-Que-dicta-la-Ley-General-de-adopciones-y-otras-disposiciones.pdf>, (consultado el 17 de julio de 2020).

Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENNIAF), y en ese mismo artículo se definen todas sus funciones.

A partir del artículo 25, se desarrolla la Declaratoria de Adoptabilidad, así como la Adopción. En el numeral 29, se establece el procedimiento para la declaratoria de Adoptabilidad que estará a cargo de la SENNIAF, indicando que cualquier entidad pública con el deber de denunciar el posible privación al derecho a la familia que sufra un menor de edad, debe hacerlo ante la SENNIAF, quien deberá hacer la investigación correspondiente y en un plazo de un mes debe rendir el informe sobre la declaratorio o no de adoptabilidad.

También se regula en el artículo 30 y 31, la condición de los niños expósitos y la renuncia voluntaria a la patria potestad. En cualquiera de los tres casos anteriores, se define en la ley el proceso de pérdida de la patria potestad, que deberá ser declarado por juez competente y que incluso tiene recurso de apelación.

En el artículo 45 define el tipo de adopción, diferenciando la nacional de la internacional en iguales términos a los acá indicados, en el artículo 47 se define como persona adoptada, toda aquella que sea menor de 18 años, “cuando el juez competente haya declarado su estado de adoptabilidad y determine que se reestablezca el derecho a la familia a través de la adopción”⁶⁸⁰.

Sobre la persona adoptante indica en su numeral 48 que puede serlo toda persona mayor de edad legalmente, que sea capaz y en pleno ejercicio de sus derechos. Y con relación a la adopción conjunta indica: “2. El hombre y la mujer unidos en matrimonio por un periodo mínimo de dos años o en unión de hecho, conforme a lo establecido en la Constitución Política de la República de Panamá siempre que haya consentimiento de ambos.”

Resulta importante resaltar que también en el país de Panamá se reconoce la adopción plena, así lo estipula en su artículo 59 y 60, dejando claro que la persona menor pasa a ser miembro en calidad de hijo o hija de la nueva familia y que los lazos con su familia consanguínea cesan por completo.

Finalmente en cuanto al proceso de adopción internacional, el mismo se regula desde el artículo 101 y hasta el 113, el cual establece regulaciones muy similares a las contenidas en el Convenio de la Haya.

5.4. El Salvador.

Finalmente, en relación a la **República de El Salvador**, al igual que en el resto de países bajo estudio, previo a la ratificación la Convención de la Haya de 1993, la figura de la adopción se encontraba tutelada en el Código de Familia, mismo que fue

39. Asamblea Nacional de Panamá, *Ley No. 46 Ley General de Adopciones* (17 de julio, 2013), disponible en: <https://senniaf.gob.pa/wp-content/uploads/2018/04/La-Ley-46-del-17-de-julio-de-2013-Que-dicta-la-Ley-General-de-adopciones-y-otras-disposiciones.pdf>, (consultado el 17 de julio de 2020)

promulgado el 22 de noviembre de 1993.⁶⁸¹, sin embargo, El Salvador, también promulgó una ley especial para regular la adopción, la cual es de reciente data, propiamente fue publicada en el diario oficial de ese país, el día 13 de agosto del año 2018. Es decir, resultó ser el último país en adecuar su legislación relativa a la adopción, al marco de la Convención de la Haya.

En su artículo primero la Ley Especial de Adopción, establece el objeto de la ley y señala que debe: “regular la adopción como una institución que garantiza el derecho y el interés superior de las niñas, niños y adolescentes a vivir y desarrollarse en el seno de una familia, asegurando su bienestar y desarrollo integral;...”⁶⁸²

Esta ley especial también define la adopción plena, así en su numeral segundo indica que la “adopción es una institución jurídica de interés social que confiere mediante resolución judicial un vínculo de filiación en forma definitiva e irrevocable, que tiene como finalidad proveer a la niña, niño o adolescente como a la persona mayor de edad una familia, desvinculándose para todo efecto jurídico de su familia de origen”. Es decir, el adoptado deja de tener lazos familiares con su familia biológica.

En el caso de El Salvador, nombra como Autoridad Central en materia de adopciones internacionales a la Procuraduría General de la República. (art. 44), la cual será la encargada de velar por el cumplimiento de las regulaciones de la Convención de la Haya.

Respecto al tipo de adopción señala que esta puede ser individual o conjunta (artículo 11), indicando expresamente sobre la adopción conjunta: “La adopción conjunta solamente puede ser solicitada por cónyuges no separados y por parejas conformadas por un hombre y una mujer así nacidos y declarados judicialmente convivientes.”, es decir, no reconoce el derecho a las familias homoparentales a adoptar.

También hace diferencia entre adopción nacional e internacional, en su artículo 12. Indicando que la adopción internacional solo procede con estados que hayan ratificado el Convenio de la Haya.

Finalmente respecto a la persona adoptante, señala en su artículo 38 que para serlo, se requiere ser legalmente capaz y mayor de 25 años, con una salvedad, cuando se trate de: “los cónyuges o convivientes mayores de edad que tengan tres años de casados o en convivencia declarada”⁶⁸³. Es decir, las personas a partir de los 21 años, que cumplan esa condición pueden adoptar. Respecto al proceso, igualmente se respetan las regulaciones del Convenio de la Haya.

6. Diferencias y Semejanzas normativas

40. Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, *Código de Familia* (22 de noviembre de 1993), disponible en: <http://vlex.com/vid/familia-516816347>, (consultado el 2 de diciembre, 2019).

⁶⁸² Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, *Ley Especial de Adopción* (13 agosto, 2018), disponible en: <http://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda%2FD%2F2%2F2010-2019%2F2016%2F11%2FB2FD.PDF>, (consultado el 17 de julio de 2020). Art 1.

⁶⁸³ Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, *Ley Especial de Adopción* (13 agosto, 2018), disponible en: <http://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda%2FD%2F2%2F2010-2019%2F2016%2F11%2FB2FD.PDF>, (consultado el 17 de julio de 2020). Art 38.

De las normas legales transcritas, se puede observar como en Costa Rica, Panamá, Guatemala y El Salvador, existe una gran armonía en cuanto a la tutela del instituto de la adopción, lo cual obedece como se ha indicado a la adopción y posterior ratificación, del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional. Resultando ser mucho más las semejanzas que las diferencias.

En realidad se observaron pocas diferencias que se detallan:

Costa Rica en su legislación, en cuanto a la adopción conjunta, no indica expresamente que se debe tratar del matrimonio entre una mujer y un hombre, únicamente hace referencia al término cónyuge, en cambio, en Guatemala, El Salvador y Panamá, textualmente se indica que la adopción conjunta sólo puede darse a matrimonios conformados por hombres y mujeres.

Otra diferencia que se observa es que tanto Costa Rica como Panamá exigen que la persona adoptante tenga una edad mínima, de veinticinco años, en cambio este no es un requisito que se exige en Guatemala que exige más bien que la persona adoptante tenga una diferencia de edad no menor de veinte años en relación con el menor de edad. Es decir que la edad mínima para adoptar lo es precisamente de veinte años. Por su parte el Salvador también se exige que sea una persona mayor de 25 años, sin embargo permite la adopción por parte de personas que tengan 21 años, si tienen tres años de estar casadas.

En relación al proceso, como se analizó, todos estos países tienen muchísimas semejanzas pues su regularon por la Convención de la Haya.

7. Posición de la Corte Interamericana Sobre el concepto de familia

Como se ha indicado en la Convención de los Derechos del Niño, se establece como un derecho fundamental contar con una familia. Sin embargo, este instrumento internacional no indica un tipo específico de familia, por lo que resulta sumamente importante la consulta realizada por el estado de Costa Rica a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien mediante la Opinión Consultiva número OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, concluyó:

“La Convención Americana protege, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo. La Corte estima también que deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales, de conformidad con el derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículos 1.1 y 24), todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo. Sin perjuicio de lo anterior, la obligación internacional de los Estados trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como a los derechos y obligaciones

reconocidos en el derecho interno de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales” (Corte IDH, 2017).⁶⁸⁴

Como puede verse la Corte IDH, ante la consulta que formuló Costa Rica, ha especificado que la protección que deben hacer los Estados a las personas LGTBQ, no se circunscribe únicamente a la protección de los derechos económicos, sino que las parejas del mismo sexo, deben tener los mismos derechos que se les reconocen a las personas heterosexuales, dentro de los cuales está claramente el derecho a formar una familia, incluso mediante la adopción de personas menores de edad, para que se conviertan en sus hijos o hijas. Se tiene que en Latinoamérica Uruguay fue el primer país en reconocer este derecho a este tipo de familias, en el año 2009.

8. Conclusiones

El instituto de la adopción de menores, en los países bajo estudio, tiene un antes y un después, marcado por la adopción del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, lo que provocó que todos los ordenamientos jurídicos estudiados reformaran sus respectivas leyes. Con ello se logró que el instituto de la adopción, se valorara como el derecho de los niños, niñas y adolescentes de gozar de una familia que los cuide y les brinde afecto.

Asimismo permitió establecer mecanismos internos que protejan a los niños, niñas y adolescentes y su derecho a vivir con su familia biológica, siendo la adopción un recurso subsidiario y la adopción internacional la última ratio. Respetando en ese sentido, las resoluciones de la Corte Interamericana que sostienen que ni la pobreza ni la falta de recursos es un motivo para que el Estado aparte a los niños de sus familias biológicas, y que antes bien estos Estados tienen la obligación de ayudar a estas familias para mantener la unión familiar.

Se concluyó que en cada uno de estos países se reconoce la adopción plena, superando la adopción simple, que conllevaba confusión a los menores de edad, pues se mantenía algún tipo de vínculo con las familias biológicas.

Como se indicó las legislaciones analizadas, sí respetan la Convención de la Haya, sin embargo, no se encontró ningún instrumento comunitario que regule la adopción internacional a nivel centroamericano, el cual se considera, sería de gran utilidad debido a la dinámica de la migración que se indicó al inicio de esta investigación y además por porque se respetaría el principio de la Convención de la Niñez, a mantener el arraigo cultural, toda vez que compartimos como países, el mismo idioma, y gran cantidad de las mismas costumbres, como religión, alimentos, entre otros.

⁶⁸⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva número OC-24/17* (24 de noviembre, 2017).

Finalmente se puede concluir que los ordenamientos jurídicos de Panamá, El Salvador y Guatemala, excluyen expresamente el derecho de adoptar de la comunidad LGTBI, pues solo permite la adopción de matrimonios heterosexuales, en Costa Rica, no se indica expresamente, aunque lo cierto es que siempre se ha rechazado, pero queda por ver cómo se resolverá a partir de la resolución de la Sala Constitucional que permitió el matrimonio igualitario.

Bibliografía

Alatorre, J. *Paternidad Responsable en el Istmo Centroamericano*. Educación reproductiva y paternidad responsable en el Istmo Centroamericano. (CEPAL, 2002). disponible en: <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/2731>. (Consultado última vez 14 de julio de 2020).

Alpizar, V. *La adopción internacional y su regulación en Costa Rica*. Revista Costarricense de Política Exterior. No 7 (junio 2009). disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26014.pdf>, (consultado el 14 de julio de 2020).

Asamblea Legislativa de Costa Rica. *Constitución Política*. 7 de noviembre. (1949). Art 51. Consultado el 24 de octubre de 2019. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=871&nValor3=117266&strTipM=TC

Asamblea Legislativa de Costa Rica. *Constitución Política* (1949). Art 55. disponible en: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=871&nValor3=117266&strTipM=TC. (consultado el 3 de diciembre de 2019).

Asamblea Legislativa de Costa Rica. *Código de Familia* (1974). Art 100. disponible en: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=970. (consultado el 24 de octubre de 2019).

Asamblea Legislativa de Costa Rica. No. 5476: *Código de Familia*. 5 de agosto. 1974. Sinalevi. Consultado el 24 de octubre de 2019. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=970

Asamblea Legislativa de la República de El Salvador. Decreto 677: *Código de Familia*. 22 de noviembre de 1993. VLEX. Consultado el 2 de diciembre, 2019. <http://vlex.com/vid/familia-516816347>

Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, *Ley Especial de Adopción* (13 agosto, 2018), disponible en: <http://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBodega%2FD%2F2%2F2010-2019%2F2016%2F11%2FBD2FD.PDF>, (consultado el 17 de julio de 2020).

Asamblea Nacional de Panamá. No. 3: *Código de Familia*. 17 de mayo, 1994. VLEX. Consultado el 2 de diciembre, 2019. <http://vlex.com/vid/codigo-familia-41489878>

Asamblea Nacional de Panamá, *Ley No. 46 Ley General de Adopciones* (17 de julio, 2013), disponible en: <https://senniaf.gob.pa/wp-content/uploads/2018/04/La-Ley-46-del-17-de-julio-de-2013-Que-dicta-la-Ley-General-de-adopciones-y-otras-disposiciones.pdf>, (consultado el 17 de julio de 2020)

Cabanellas de Torres, G. *Diccionario Jurídico Elemental*. (Buenos Aires: undécima edición, editorial Helista, 1993). Disponible en: <https://www.studocu.com/es-ar/document/universidad-de-ciencias-empresariales-y-sociales/derecho-mercantil/otros/diccionario-juridico-elemental-guillermo-cabanellas/4313164/view> (consultado el 14 de julio de 2020).

Cardoza Ayala, M. *La adopción en el Salvador. Problemas actuales*. (Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2006) 4.

Comisión Americana de Derechos Humanos. *Informe Infancia y sus Derechos en el Sistema Interamericano de protección de derechos Humanos* (2009). disponible en: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Infancia2sp/Infancia2indice.sp.htm>. (consultado el 17 de julio de 2020).

Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 77-2007: *Ley de Adopciones*. 31 de diciembre, 2007. El SIPI. consultado el 3 de diciembre, 2019. http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_normativa/guatemala_decreto_nro_77_2007.pdf

Consejo Nacional de Adopciones. *Presentación de la ley de Adopciones número 77-2007*. disponible en: http://www.cna.gob.gt/Documentos/Ley_de_Adopciones.pdf. (consultado por última vez el 17 de julio de 2020).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2017. *Opinion Consultiva OC-24/17*. 24 de Noviembre. Último acceso: 23 de octubre de 2019. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf.

Humberto Nogueira, A. *La protección convencional de los Derechos de los Niños y los estándares de la Corte IDH sobre medidas especiales de protección por parte de los Estados Partes respecto de los niños, como fundamento para asegurar constitucionalmente los Derechos*. Revista Ius et Praxis, año 23, no. 2 (2017). disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v23n2/0718-0012-iusetp-23-02-00415.pdf> . (consultado el 16 de julio de 2020).

Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes. *La Adopción: su régimen jurídico internacional*. (2010). disponible en: http://www.iin.oea.org/pdf-iin/oti/OTI_2_adopciones_Final.pdf. (consultado el 14 de julio de 2020).

Naciones Unidas. *Convención de los derechos del Niño*. 20 de noviembre, 1989. Consultado el 5 de diciembre, 2019. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>

Naciones Unidas. *Convención De La Haya Sobre La Protección De Menores y La Cooperación En Materia De Adopción Internacional*. 29 de mayo, 1993. Consultado el 3 de diciembre de 2019. https://www.oas.org/dil/esp/Convenio_Haya_Proteccion_del_Nino_Cooperacion_en_Materia_Adopcion_Internacional_Espana.pdf

Organización de Estados Americanos. *Convención Americana de Derechos Humanos* (1969). Art. 19. disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>, (consultado el 17 de julio de 2020)

Organización de Estados Americanos. *Convención Americana de Derechos Humanos* (1969). Art. 20 y art. 21. disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf> (consultado el 14 de julio de 2020).

Organización de las Naciones Unidas. *Convención de los derechos del Niño* (1989). disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>, (consultado el 5 de diciembre 2019). Art 1.

Organización de las Naciones Unidas, *Convención de los derechos del Niño* (1989), disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>, (consultado el 5 de diciembre 2019). Art 9.1.

Ramírez Martínez, C. *Efectos socio jurídicos de la adopción en El Salvador*. (Tesis de Grado, Universidad Francisco Gavidia, 2005) 6-7. disponible en: <http://ri.ufg.edu.sv/jspui/bitstream/11592/6427/1/346.0178-R163e.pdf>, (consultado el 16 de julio de 2020).

Sala Constitucional de Costa Rica. Resolución número 5269-2011, del veintisiete de abril del año 2011. disponible en: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-511357> (consultado por última vez el 17 de julio de 2020).

Ejecución y efectos de la obligación alimentaria, análisis y comparación entre Costa Rica y algunos países de Centroamérica

Arlenny Fernández Zúñiga*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Protección de la obligación alimentaria. 2.1. Costa Rica. 2.2. El Salvador. 2.3. Honduras. 2.4. Nicaragua. 3. Tutela Internacional para el cobro de la obligación alimentaria. 3.1. Código Internacional de Derecho Privado (Código de Bustamante). 3.2. Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias Ámbito de Aplicación. 3.3. Convenio sobre el Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Obligaciones Alimentarias. 3.4. Convención sobre Reconocimiento y Ejecución en el Extranjero de la Obligación de Prestar Alimentos. 3.5. Convenio sobre Cobros Internacional de Alimentos para Niños y otros Miembros de la Familia. 4. Aspectos sustanciales de la obligación alimentaria. 5. Ejecutoriedad y Ejecutividad de la obligación alimentaria. 5.1. Fijación provisional. 5.2. Apremio Corporal. 5.3. Retención salarial. 5.4. Restricción migratoria. 6. Utilidad del derecho comunitario centroamericano para ejecutar el pago de las obligaciones alimentarias de los países miembros del SICA. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

RESUMEN.

Con el fin de descubrir las similitudes en la obligación de dar alimentos y sus formas de ejecución, que a su vez permita reducir diferencias que ayuden a proponer la unificación y la mejor solución posible, donde los resultados prácticos sean más factibles. A diferencia de otros procesos judiciales, al dictarse sentencia en un expediente de pensión alimentaria no se da por concluido el proceso, sino que, más bien es donde inicia toda una etapa que puede prolongarse hasta veinticinco años o más, que precisamente es el proceso de ejecución. Entre las etapas de ejecución para hacer efectiva la obligación alimentaria, se encuentra principalmente la medida cautelar especialísima como lo es la fijación provisional, y también, el apremio corporal, la retención salarial y la restricción migratoria entre otras. En este supuesto, las fronteras territoriales existentes entre los Estados representan un reto, y es el acreedor quien generalmente debe solicitar asistencia jurídica y realizar gestiones internacionales que se tornan engorrosas y costosas, para la fijación, pago o ejecución de alimentos. Por su parte, Costa Rica ha suscrito algunos Convenios Internacionales que regulan la obligación alimentaria, pero el resto de los Estados Centroamericanos no forman parte de las mismas Convenciones, o no han ratificado un solo instrumento relativo a este tema. Esto indudablemente dificulta la tramitación y ejecución de los procesos alimentarios causando un grave perjuicio a los beneficiarios de la prestación alimentaria. A raíz de todo lo anterior, la hipótesis a plantear es la ejecución de la obligación en materia alimentaria en Centroamérica, no es eficaz por la falta de

*. Licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Máster en Administración de Justicia, Énfasis Relaciones Familiares por la Universidad Nacional. Mediadora y Conciliadora certificada por la DINARAC. Doctoranda en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Jueza de Pensiones Alimentarias de Cartago. arlefer04@gmail.com

cooperación entre los Estados y la ausencia de un procedimiento uniforme que armonice las legislaciones a nivel comunitario. Como objetivo general se realizará un estudio sobre la ejecución y efectos de la obligación alimentarios, identificando diferencias y similitudes entre Costa Rica, El Salvador, Honduras y Nicaragua, que permitan establecer algunos criterios de armonización. -Citar las normas nacionales e internacionales que facultan la ejecución de las obligaciones alimentarias. -Determinar los medios coercitivos en la legislación nacional y regional para hacer efectiva el cobro de la obligación alimentaria. -Establecer comparaciones entre los ordenamientos jurídicos indicados, en torno al trámite de ejecución de las prestaciones alimentarias. - Formular conclusiones que permitan superar los problemas de tramitación de las ejecuciones de sentencias en materia alimentaria dentro de la región. Este es un trabajo de investigación de tipo mixto que emplea métodos comparativos de tipo cualitativo y cuantitativo, para realizar un análisis descriptivo de un fenómeno como lo es la ejecución de las sentencias en materia alimentaria, a nivel centroamericano, por lo que, sus fines son evaluativos. En primera instancia se pretende realizar una revisión de la normativa contenida en los instrumentos legales de los países en estudio, identificando los aspectos positivos y las dificultades que surgen en la práctica y que impiden la ejecución de las resoluciones que obligan el pago de una prestación alimentaria. Con base en esa revisión y análisis, utilizando el método deductivo, se elaborará una lista de recomendaciones que de implementarse incrementarán la eficiencia y eficacia de la ejecución de sentencias para el cobro de alimentos en el ámbito centroamericano.

1.- Introducción

Este trabajo se propone estudiar la legislación, doctrina y jurisprudencia vigentes en los países centroamericanos (específicamente Costa Rica, El Salvador, Honduras y Nicaragua). Con el fin de descubrir las similitudes en la obligación de dar alimentos y sus formas de ejecución, que a su vez permita reducir diferencias que ayuden a proponer la unificación y la mejor solución posible, donde los resultados prácticos sean más factibles.

A diferencia de otros procesos judiciales, al dictarse sentencia en un expediente de pensión alimentaria no se da por concluido el proceso, sino que, más bien es donde inicia toda una etapa que puede prolongarse hasta veinticinco años o más, que precisamente es el proceso de ejecución. Sin embargo, es importante tomar en cuenta, que la obligación alimentaria, nace según lo establece el numeral veintidós de la Ley de Pensiones Alimentarias Costarricense "... una vez notificado el demandado de la resolución que impone el monto provisional por concepto de alimentos,"⁶⁸⁵ y desde ahí se activan los mecanismos para hacerla efectiva.

Entre las etapas de ejecución para hacer efectiva la obligación alimentaria, se encuentra principalmente la medida cautelar especialísima como lo es la fijación

685. Diego Benavides Santos, comp., *Ley de Pensiones Alimentarias: concordado y comentada, con jurisprudencia constitucional y de casación, con índice alfabético* (San José, Costa Rica: Editorial Juritexto, 2016), art. 22.

provisional, y también, el apremio corporal, la retención salarial y la restricción migratoria entre otras.

En nuestros días el cumplimiento de las obligaciones alimentarias constituye un aspecto importante en la problemática de los sistemas jurídicos de derecho internacional privado. Lo anterior se da específicamente, porque en muchas ocasiones ambas partes, alimentante y alimentado, poseen domicilio, o residencia de carácter habitual, en Estados distintos.

En este supuesto, las fronteras territoriales existentes entre los Estados representan un reto, y es el acreedor quien generalmente debe solicitar asistencia jurídica y realizar gestiones internacionales que se tornan engorrosas y costosas, para la fijación, pago o ejecución de alimentos.

Frente a esto, se debe procurar el efectivo acceso a la percepción de este derecho humano, y que este propósito no se frustre por la falta de legislación o por la coexistencia de legislaciones discordantes.

Para lograr esa efectividad en el reclamo de los alimentos, por parte de sus acreedores, la comunidad jurídica internacional procura facilitar los trámites administrativos y judiciales, mediante la celebración de diversos instrumentos normativos internacionales, como la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias.⁶⁸⁶

En este sentido, se afirma que, la preocupación compartida universalmente por los Estados, frente a las dificultades que afronta una persona que no genera ingresos y carece de bienes para subsistir, en tanto quien deba suministrarles alimentos se haya radicado en un país diferente al suyo, ha coadyuvado a la promulgación de diferentes instrumentos internacionales, que han procurado resolver dichos inconvenientes. Generalmente la sensible situación de debilidad que afecta en especial a los menores de edad que han sido desamparados económicamente por alguno o sus dos progenitores se ha concentrado como tendencia principal de protección de la normativa internacional.

La situación actual de nuestra región se encuentra caracterizada por el aumento sin precedentes en la cantidad de personas que han dejado sus hogares en busca de protección y de mejores oportunidades. América Central enfrenta situaciones de violencia a gran escala producto del crimen organizado, la pobreza y el desempleo. Todo esto aunado a la falta de trabajo, la escasez de alimentos y ausencia de insumos

686. La complicada y frágil coyuntura que enfrentan los acreedores de una obligación alimentaria cuando su deudor establece su residencia, domicilio, además, tiene bienes o percibe ingresos en un país extranjero, aunado a la eficacia del reclamo de los alimentos que se procura, por lo que, ha coadyuvado el interés de la comunidad jurídica internacional que ha propiciado impulsar los trámites administrativos y judiciales necesarios, mediante la celebración de diversos instrumentos normativos internacionales, como la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, realizada en Montevideo el 15 de julio 1989, que contempla mecanismos de cooperación procesal internacional y deja al arbitrio de la autoridad jurisdiccional competente la determinación de cuál será el derecho sustancial aplicable, seleccionando entre la ley del Estado del demandante y la ley del Estado del demandado, aquella que le brinde mayor protección al alimentario. Esta convención entró en vigor en Costa Rica el 17 de enero de 2001, por lo que, es importante conocer su contenido y alcance, y los retos que ella representa para el profesional del derecho costarricense, en el estudio de la obligación alimentaria desde el derecho comparado. Departamento de Derecho Internacional, DEA, “**Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias** **Ámbito de Aplicación: 15 de julio, 1989,**” *Departamento de Derecho Internacional, DEA*, consultado 17 noviembre, 2019, <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-54.html>

básico para la subsistencia, han generado desplazamientos masivos de personas en la región.

En el territorio costarricense radican una cantidad importante de extranjeros, de nacionalidad nicaragüense, salvadoreña, hondureña, entre otros. De igual forma, en el resto de países centroamericanos se replica el mismo fenómeno migratorio.

Por su parte, Costa Rica ha suscrito algunos Convenios Internacionales que regulan la obligación alimentaria, pero el resto de los Estados Centroamericanos no forman parte de las misma Convenciones, o no han ratificado un solo instrumento relativo a este tema. Esto indudablemente dificulta la tramitación y ejecución de los procesos alimentarios causando un grave perjuicio a los beneficiarios de la prestación alimentaria.

A raíz de todo lo anterior, la hipótesis a plantear es la ejecución de la obligación en materia alimentaria en Centroamérica, no es eficaz por la falta de cooperación entre los Estados y la ausencia de un procedimiento uniforme que armonice las legislaciones a nivel comunitario. Como objetivo general se realizará un estudio sobre la ejecución y efectos de la obligación alimentarios, identificando diferencias y similitudes entre Costa Rica, El Salvador, Honduras y Nicaragua, que permitan establecer algunos criterios de armonización.

Se han trazado como objetivos específicos: 1.-Citar las normas nacionales e internacionales que facultan la ejecución de las obligaciones alimentarias. 2.-Determinar los medios coercitivos en la legislación nacional y regional para hacer efectiva el cobro de la obligación alimentaria. 3.-Establecer comparaciones entre los ordenamientos jurídicos indicados, en torno al trámite de ejecución de las prestaciones alimentarias. 4.- Formular conclusiones que permitan superar los problemas de tramitación de las ejecuciones de sentencias en materia alimentaria dentro de la región.

Este es un trabajo de investigación de tipo mixto que emplea métodos comparativos de tipo cualitativo y cuantitativo, para realizar un análisis descriptivo de un fenómeno como lo es la ejecución de las sentencias en materia alimentaria, a nivel centroamericano, por lo que, sus fines son evaluativos. En primera instancia se pretende realizar una revisión de la normativa contenida en los instrumentos legales de los países en estudio, identificando los aspectos positivos y las dificultades que surgen en la práctica y que impiden la ejecución de las resoluciones que obligan el pago de una prestación alimentaria. Con base en esa revisión y análisis, utilizando el método deductivo, se elaborará una lista de recomendaciones que de implementarse incrementarán la eficiencia y eficacia de la ejecución de sentencias para el cobro de alimentos en el ámbito centroamericano.

2.- Protección de la obligación alimentaria

2.1.- Costa Rica

Actualmente el derecho alimentario es considerado como uno de los derechos fundamentales de toda persona y se deriva directamente del derecho a la vida, el cual fue reconocido mediante la Declaración Universal de Derechos Humanos⁶⁸⁷ y acogido

687. “Todo individuo tiene **derecho a la vida**, a la libertad y a la seguridad de su persona.” Naciones Unidas de Derechos Humanos, *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (Nueva York, Estados Unidos: Naciones Unidas de Derechos Humanos, 2015), art. 3. El resaltado no es del original.

por la mayoría de constituciones del mundo, incluyendo nuestra Constitución Política que reconoce expresamente el derecho a la vida, en el artículo 21⁶⁸⁸ y el derecho de protección especial a la familia, en el artículo 51⁶⁸⁹. En el Título V., Derechos y Garantías Sociales⁶⁹⁰, reconoce la protección especial de la familia, “la madre, el niño y la niña, las personas adultas mayores y las personas con discapacidad,”⁶⁹¹ conforme al artículo 51 constitucional, es relevante señalar, que antes de la reforma en el año 2019, en artículo 51 constitucional costarricense se citaba de la siguiente manera “la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido, ” pero se llevó a cabo la reforma constitucional con el fin de continuar con el desarrollo del país y cumplir con los derechos humanos, de “personas con discapacidad.”

Además, al artículo 55,⁶⁹² impone una protección especial a la madre y al menor de edad, tutelada por el Patronato Nacional de la Infancia y otras instituciones del Estado, tales como el Instituto Mixto de Ayuda Social, el Instituto Nacional de la Infancia, el Instituto Nacional de las Mujeres, entre otros.

Sin embargo, no se encuentra norma expresa con respecto a los alimentos, para ello se recurre a leyes especiales como la Ley de Pensiones Alimentarias,⁶⁹³ el Código de Familia,⁶⁹⁴ el Código de la Niñez y la Adolescencia,⁶⁹⁵ la Ley contra la Violencia Doméstica,⁶⁹⁶ entre otros.

688. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “Constitución Política de la República de Costa Rica: 7 de noviembre, 1949,” Sinalevi, art. 21, consultado 17 de noviembre, 2019, http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspxparam1=NRTC&nValor1=1&nValor2=871&strTipM=TC

689. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “*Constitución Política de la República de Costa Rica*,” art. 51.

690. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “*Constitución Política de la República de Costa Rica*,” cap. único.

691. “La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente, tendrán derecho a esa protección la madre, el niño y la niña, las personas adultas mayores y las personas con discapacidad.” El resaltado no es del original. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “*Constitución Política de la República de Costa Rica*,” art. 51.

692. “La protección especial de la madre y del menor estará a cargo de una institución autónoma denominada Patronato Nacional de la Infancia, con la colaboración de las otras instituciones del Estado.” Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “*Constitución Política de la República de Costa Rica*,” art. 55. El Patronato Nacional de la Infancia es la institución rectora en materia de derechos de la niñez y la adolescencia. Fue creado el 15 de agosto de 1930 por iniciativa del Profesor Luis Felipe González Flores. Los principios que guían esta nueva normativa se conocen como la Doctrina de Protección Integral y son los siguientes: el interés superior del niño y la niña por encima de cualesquiera otros intereses. La población de personas menores de 18 años son sujetos plenos de derechos y no de compasión y lástima. Los derechos son para toda la población de personas menores de 18 años y no sólo para los que están en situación difícil. El desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes da paso a la satisfacción de las necesidades. Todos los actores sociales son responsables en el cumplimiento de sus derechos. Patronato Nacional de la Infancia, “Publicaciones del PANI,” *Patronato Nacional de la Infancia*, consultado el 3 de junio 2020, <https://pani.go.cr/publicaciones/2-uncategorised/50-sobre-el-pani>

693. Diego Benavides Santos, comp., *Ley de Pensiones Alimentarias: concordado y comentada, con jurisprudencia constitucional y de casación, Con índice alfabético* (San José, Costa Rica: Editorial Juritexto, 2016).

694. Diego Benavides Santos comp., *Código de Familia: concordado y comentado, con jurisprudencia constitucional y de casación, Con índice alfabético* (San José, Costa Rica: Editorial Juritexto, 2017).

695. El artículo 37 viene a ampliar el derecho a percibir alimentos tales como gastos extraordinarios, sepelio del beneficiario, gastos por terapia, entre otros. Asamblea Legislativa de la

El Código de Familia en su título IV, capítulo único sobre los alimentos señala como rubros de la prestación el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación, diversión, transporte y otros, además, habla sobre el principio de proporcionalidad en su numeral 164.⁶⁹⁷

Estos alimentos se deben entre los cónyuges, de padres a hijos y viceversa, así como personas con discapacidad, entre hermanos, los abuelos a los nietos menores de conformidad con el artículo 169,⁶⁹⁸ del Código de Familia costarricense.

Además, se indica que la prestación alimentaria podrá modificarse por el cambio de circunstancias de quien la da o de quien la recibe acorde al artículo 174,⁶⁹⁹ del mismo Código.

La Ley de Pensiones Alimentarias regula principalmente el procedimiento de la obligación, entre sus preceptos se encuentra que la prestación alimentaria derivada de las relaciones familiares⁷⁰⁰ y se caracteriza por ser perentoria, personalísima, irrenunciable y prioritaria.⁷⁰¹ La demanda por concepto de alimentos se presentará ante el juez de pensiones alimentarias de la localidad del demandado o la parte actora,⁷⁰²

República de Costa Rica, “Código de la Niñez y la Adolescencia: No. 7739; 6 de enero, 1998,” *La Gaceta*. no. 26 (6 febrero 1998).

696. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, No. 7586: *Ley Contra la Violencia Doméstica, con índice alfabético y concordancias, Anexo Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, 10 de abril, 1996* (San José, Costa Rica: IJSA. 2011).

697. “Se entiende por alimentos lo que provea sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación, diversión, transporte y otros, conforme a las posibilidades económicas y el capital que le pertenezca o posea quien ha de darlos. Se tomarán en cuenta las necesidades y el nivel de vida acostumbrado por el beneficiario, para su normal desarrollo físico y síquico, así como sus bienes.” Diego Benavides Santos comp., “Código de Familia: concordado y comentado, con jurisprudencia constitucional y de casación, Con índice alfabético,” art. 164.

698. *Deben alimentos: 1.- Los cónyuges entre sí. 2.- Los padres a sus hijos menores o incapaces y los hijos a sus padres. 3.- Los hermanos a los hermanos menores o a los que presenten una discapacidad que les impida valerse por sí mismos; los abuelos a los nietos menores y a los que, por una discapacidad, no puedan valerse por sí mismos, cuando los parientes más inmediatos del alimentario antes señalado no puedan darles alimentos o en el tanto en que no puedan hacerlo; y los nietos y bisnietos, a los abuelos y bisabuelos en las mismas condiciones indicadas en este inciso.* Diego Benavides Santos comp., “Código de Familia: concordado y comentado, con jurisprudencia constitucional y de casación, Con índice alfabético,” art. 169.

699. “La prestación alimentaria podrá modificarse por el cambio de circunstancias de quien la da o de quien la recibe.” Diego Benavides Santos comp., “Código de Familia: concordado y comentado, con jurisprudencia constitucional y de casación, Con índice alfabético,” art. 174.

700. “Esta ley regula lo concerniente a la prestación alimentaria derivada de las relaciones familiares, así como el procedimiento para aplicarla e interpretarla.” Diego Benavides Santos, comp., “*Ley de Pensiones Alimentarias: concordado y comentada, con jurisprudencia constitucional y de casación, Con índice alfabético,*” art. 1.

701. **Integración.** *Para lo no previsto en esta ley, se aplicarán supletoriamente los principios y las normas conexas establecidos en tratados, convenios o convenciones internacionales de los que Costa Rica sea parte y algunas otras normas del ordenamiento jurídico costarricense. Para la integración, se tomarán en cuenta las características de la obligación alimentaria: perentoria, personalísima, irrenunciable, y prioritaria, así como la directriz de responsabilidad en el cumplimiento de los deberes de familia. En materia procesal, se estará a los principios de gratuidad, oralidad, celeridad, oficiosidad, verdad real, sencillez, informalidad y sumariedad, todo esto en equilibrio adecuado con el debido proceso.* Diego Benavides Santos, comp., “*Ley de Pensiones Alimentarias: concordado y comentada, con jurisprudencia constitucional y de casación, Con índice alfabético,*” art. 2.

702. *En lo conducente Para conocer de los procesos mencionados en esta ley, serán competentes las alcaldías de pensiones alimentarias; donde no existan y no sea recomendable crearlas, serán competentes las que designe la Corte Suprema de Justicia. ...Serán competentes para conocer del*

conforme lo requisitos del artículo 17.⁷⁰³ Habla, además, sobre las medidas cautelares del apremio corporal⁷⁰⁴ y el allanamiento⁷⁰⁵ en caso de incumplimiento del deber alimentario.

2.2.- El Salvador

La Constitución Política de El Salvador, en su Capítulo II titulado Derechos Sociales, sección primera, dedica un título a la Familia.⁷⁰⁶ Respectivamente los artículos 32, 34, 35 y 36⁷⁰⁷ contienen preceptos relativos a la prestación alimentaria.

El numeral 32 constitucional de El Salvador menciona que le compete al Estado el bienestar de la familia por ello la Constitución lo faculta y exhorta a ejercer acciones efectivas para el cumplimiento de este mandato. El artículo 34 del mismo cuerpo

proceso de pensión alimentaria la alcaldía de la residencia de la parte demandada o de la parte actora, a elección de esta última en el momento de establecer la demanda. Diego Benavides Santos, comp., "Ley de Pensiones Alimentarias: concordado y comentada, con jurisprudencia constitucional y de casación, Con índice alfabético," art. 4 y 5.

703. **Requisitos de la demanda.** *La demanda de alimentos contendrá fundamentalmente las siguientes indicaciones: a) Nombre, apellidos y calidades del gestionante y del presunto obligado. b) Nombre y apellidos de los beneficiarios. c) Monto que la parte demandante pretende para cada uno de los beneficiarios. d) Mención de posibilidades económicas de los obligados alimentarios y necesidades de los beneficiarios. e) Pruebas que fundamentan los hechos de la demanda. f) Señalamiento del lugar para atender notificaciones. Diego Benavides Santos, comp., "Ley de Pensiones Alimentarias: concordado y comentada, con jurisprudencia constitucional y de casación, Con índice alfabético," art. 17.*

704. **Apremio corporal.** *De incumplirse el deber alimentario, podrá librarse orden de apremio corporal contra el deudor moroso, salvo que sea menor o mayor de setenta y uno. Procedencia del apremio. El apremio corporal procederá hasta por seis mensualidades, incluyendo el período vigente, siempre que la parte actora haya gestionado el cobro en forma reiterada. El apremio no procederá si se probare que al obligado se le practica la retención efectiva sobre salarios, jubilaciones, pensiones, dietas u otros rubros similares. El apremio no podrá mantenerse por más de seis meses; se revocará, si la parte interesada recurre a la vía ejecutiva para cobrar la obligación o si el deudor alimentario la cancela. Se suspenderá la obligación alimentaria, mientras dure la detención, excepto que durante la reclusión se probare que el demandado cuenta con ingresos o posee bienes suficientes para hacer frente a la obligación. La detención por alimentos no condonará la deuda. Diego Benavides Santos, comp., "Ley de Pensiones Alimentarias: concordado y comentada, con jurisprudencia constitucional y de casación, Con índice alfabético," art. 24 y 25.*

705. **Allanamiento.** *Cuando el deudor alimentario se oculte, podrá ordenarse allanar el sitio donde se encuentre. El allanamiento se llevará a cabo con las formalidades del Código de Procedimientos Penales, previa resolución que lo acordare." Diego Benavides Santos, comp., "Ley de Pensiones Alimentarias: concordado y comentada, con jurisprudencia constitucional y de casación, Con índice alfabético," art. 26.*

706. *El conjunto sistematizado de leyes fundamentales que determinan la organización del Estado y el funcionamiento de sus instituciones se denomina CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Sus principios norman la vida de un pueblo jurídicamente organizado, estableciendo la forma de Estado y de Gobierno, y un régimen de obligaciones, derechos y garantías que permiten la instauración y el mantenimiento de un orden jurídico, apto para propiciar el bienestar individual y colectivo. Las normas constitucionales emanan indirectamente de la voluntad popular en el Estado democrático, a través de la función legisladora que, en El Salvador, desarrolla una Asamblea Constituyente. Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, "Decreto No. 38: Constitución Política de El Salvador; 15 de diciembre, 1983," cap. II, consultado 11 diciembre, 2019, CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR - Constitucion_de_la_Republica_del_Salvador_1983.pdf*

707. *En lo conducente advierte " La familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictará la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico ... Todo menor tiene derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral, ... tendrá la protección del Estado... creará las instituciones para la protección de la maternidad y de la infancia. Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, "Decreto No. 38: Constitución Política de El Salvador; 15 de diciembre, 1983," art. 32 y 34.*

normativo, resulta de gran importancia, ya que, enuncia algunos preceptos que conforman el derecho alimentario, empero cabe resaltar que hace referencia únicamente a la persona menor de edad.

A raíz del artículo 34 Constitucional salvadoreño, se crean instituciones como el Consejo Salvadoreño de Menores en 1974, el Instituto Salvadoreño de Protección al Menor en 1993, Instituto Salvadoreño para el Desarrollo integral de la niñez y la adolescencia (ISNA) en 2002. Todas encargadas de resguardar el desarrollo integral de la persona menor de edad.

Ahora bien, el contenido de la prestación alimentaria lo encontramos en los artículos 35 y 36 constitucional.⁷⁰⁸ Al respecto, la sentencia 1184-2002 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de San Salvador, señala: *Sobre lo anterior, esta Sala debe acotar que los alimentos comprenden todo aquello que una persona tiene derecho a percibir de otra –por ley, declaración judicial o convenio– para procurar su subsistencia, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción. La obligación legal de prestar alimentos se halla subordinada a la existencia de un vínculo que une al alimentario con el obligado y que presupone un estado de necesidad del alimentario y la posibilidad económica del obligado a socorrerlo.*⁷⁰⁹

En el Código de Familia de El Salvador,⁷¹⁰ el derecho a los alimentos se encuentra regulado en los artículos 247 y 248. El Código de Familia salvadoreño en su numeral 247, da una definición de los alimentos, indica que estos son considerados una prestación que viene a satisfacer necesidades básicas y para ello menciona cinco ámbitos: “1) sustento, 2) habitación, 3) vestido, 4) conservación de la salud y 5) educación del alimentario,”⁷¹¹ el mismo que se aprecian en la sentencia supra citada.

El Código de Familia de El Salvador en el articulado 248 establece quienes entran en la categoría de alimentario al indicar que se deben “recíprocamente alimentos, los cónyuges, los ascendientes y descendientes hasta segundo grado de consanguinidad y

708. Art. 35. *El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores, y garantizará el derecho de éstos a la educación y a la asistencia. La conducta antisocial de los menores que constituya delito o falta estará sujeta a un régimen jurídico especial.* Art. 36. *Los hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio y los adoptivos, tienen iguales derechos frente a sus padres. Es obligación de éstos dar a sus hijos protección, asistencia, educación y seguridad. No se consignará en las actas del Registro Civil ninguna calificación sobre la naturaleza de la filiación, ni se expresará en las partidas de nacimiento el estado civil de los padres. Toda persona tiene derecho a tener un nombre que la identifique. La ley secundaria regulará esta materia. La ley determinará asimismo las formas de investigar y establecer la paternidad.* Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, “Decreto No. 38: Constitución Política de El Salvador; 15 de diciembre, 1983,” art. 35 y 36.

709. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, “Demanda de amparo: voto 1184-2002; 10 de diciembre, 2002 09:19 horas,” referencia SSF2-765-(148)-01/2.

710. ... III. *Que asimismo resulta ser una obligación que no puede diferirse, armonizar la legislación interna en materia familiar y de menores, con la contenida en los tratados y convenciones internacionales ratificados, constitucionalmente de mayor jerarquía que la primera, a fin de evitar la posibilidad de la concurrencia de normas distintas sobre una misma materia, con perjuicio de la seguridad y certeza jurídicas; y IV.- Que es conveniente regular especialmente en la materia familiar, la referente a menores y a las personas adultas mayores ...* Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, “Decreto No. 677: Código de Familia de El Salvador; 11 de octubre, 1993,” considerando, III y IV, consultado 11 diciembre, 2019, https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_de_Familia_El_Salvador.pdf

711. Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, “Decreto No. 677: Código de Familia de El Salvador; 11 de octubre, 1993,” art. 247.

los hermanos.”⁷¹² Sin embargo, el artículo 211 señala que si “se tratare de hijas e hijos con discapacidad y éstos alcancen la mayoría de edad, continuarán gozando del derecho de alimentos necesarios acorde a su condición, siempre que dicha capacidad especial, sea acreditada ante la autoridad legal competente.”⁷¹³ Además, en caso que los hijos y las hijas estudien “si el hijo llega a su mayoría de edad y continúa estudiando con provecho tanto en tiempo como en rendimiento, deberán proporcionársele los alimentos hasta que concluya sus estudios o haya adquirido profesión o oficio.”⁷¹⁴

2.3.- Honduras ⁷¹⁵

La Constitución Política de Honduras, en el título III, del capítulo III nombrado De Los Derechos Sociales, en su artículo 111 detalla: “la familia, el matrimonio, la maternidad y la infancia están bajo la protección del Estado.”⁷¹⁶

Por otra parte, en el capítulo IV., titulado De los Derechos del Niño se encuentran los artículos 121, 122 y 123, de la Constitución hondureña,⁷¹⁷ que refieren al deber de los padres a la prestación alimentaria, la jurisdicción especial para asuntos de familia y de menores y el contenido de la obligación alimentaria, respectivamente. En el artículo 123 se delimita el alcance de los alimentos. Además, la Constitución de Honduras como norma magna cuenta con preceptos muy generales relativos a la prestación alimentaria. Por ello, complementariamente se acude al Código de Familia de Honduras⁷¹⁸ (en adelante C.F.H.) que en su título VI, artículos del 207 al 226-A contempla los alimentos. En el año 2013 se aprueba la Ley Especial para una Maternidad y Paternidad Responsable,⁷¹⁹ en el artículo 23 hace referencia al derecho alimentario respecto de los

712. Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, “Decreto No. 677: Código de Familia de El Salvador; 11 de octubre, 1993,” art. 248.

713. Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, “Decreto No. 677: Código de Familia de El Salvador; 11 de octubre, 1993,” art. 211.

714. Comisión Coordinadora del Sector de Justicia, *Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia (LEPINA)* (San Salvador, El Salvador: Comisión Coordinadora del Sector Justicia (UTE)), 2009, <https://escuela.fgr.gob.sv/wp-content/uploads/Leyes/Leyes-2/LEY-DE-PROTECCION-INTEGRAL-DE-LA-NI%C3%91EZ-Y-ADOLESCENCIA.pdf>

715. *Nosotros, Diputados electos por la voluntad soberana del pueblo hondureño, reunidos en Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios y el ejemplo de nuestros próceres, con nuestra fe puesta en la restauración de la unión centroamericana e interpretando fielmente las aspiraciones del pueblo que nos confirió su mandato, decretamos y sancionamos la presente Constitución para que fortalezca y perpetúe un Estado de derecho que asegure una sociedad política, económica y socialmente justa que afirme la nacionalidad y propicie las condiciones para la plena realización del hombre, como persona humana, dentro de la justicia, la libertad, la seguridad, la estabilidad, el pluralismo, la paz, la democracia representativa y el bien común.* Asamblea Nacional Constituyente de la República de Honduras, “Decreto N° 131: Constitución Política de la República de Honduras; 11 de enero, 1982,” preámbulo, consultado 11 diciembre, 2019, <http://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Leyes/Documents/ConstitucionRepublicaHonduras.pdf>

716. Asamblea Nacional Constituyente de la República de Honduras, “Decreto N° 131: Constitución Política de la República de Honduras; 11 de enero, 1982,” art. 111.

717. Asamblea Nacional Constituyente de la República de Honduras, “Decreto N° 131: Constitución Política de la República de Honduras; 11 de enero, 1982,” arts. 121-123.

718. Congreso Nacional de la República de Honduras, “Decreto No. 76-84: Código de Familia de la República de Honduras; 11 de mayo, 1984,” arts. 206-226, consultado 11 diciembre, 2019, https://www.tsc.gob.hn/web/leyes/codigo_de_familia.pdf

719. Congreso Nacional de la República de Honduras, “Decreto No. 92-2013: Ley Especial para una Maternidad y Paternidad Responsable de la República de Honduras; 05 de noviembre, 2013,” consultado 11 de diciembre, 2019, <https://www.tsc.gob.hn/web/leyes/Decreto-51-2016-Derogar-Ref-Articulo-Ley-Esp-Maternidad-Paternidad%20Responsable.pdf>

procesos de investigación de maternidad y paternidad, y por último la Ley de Protección Integral del Adulto Mayor y Jubilado,⁷²⁰ en el artículo 2 hace referencia al deber de las familias a fin de garantizar el derecho alimentario a las personas adultas mayores. Asimismo, el Código Procesal Civil de Honduras⁷²¹ (en adelante C.P.C.H.), se encuentra la norma adjetiva, artículos del 673 al 675, 813.2, además, la norma de contenido procesal en el C.F.H.; es así que entre ambos Códigos se procura la efectividad del derecho alimentario. Ahora bien, en el Código Penal hondureño,⁷²² por medio de los artículos 177 al artículo 179, está tipificado el delito de negación de asistencia familiar cuando la obligación alimentaria no es satisfecha por la persona obligada; es un hecho, que la vía penal debe ser la última ratio, por lo tanto, es conveniente instar la vía civil y lograr el pago de la obligación alimentaria, en lugar de privar de libertad a una persona y el Código de la Niñez y la Adolescencia⁷²³ (en adelante C.N.A.H.), artículos del 73 al 82.

Para iniciar un proceso de alimentos en Honduras se debe presentar verbalmente o por escrito la demanda ante el Juzgado competente, según artículos 207-C80 C.F.H. y 76 C.N.A.H.). El Juez podrá, a solicitud de parte o de oficio, ordenar que se den alimentos provisionales desde la admisión de la demanda (artículo 210 C.F.H. y artículo 75 y 78 C.N.A.H.) tomando en cuenta los recursos del que los debe y a las circunstancias del que los recibe (artículo 207). Este monto deberá tomar en cuenta todo lo que sea indispensable para el desarrollo integral de una persona, como ser el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, formación integral y educación o instrucción de conformidad con los artículos 207-A78 C.F.H. y artículo 73 C.N.A.H.

Cabe indicar que se encuentran legitimados para entablar este proceso conforme al artículo 211 del C.F.H. los siguientes: *1) Al cónyuge y a los descendientes consanguíneos (as) y la mujer grávida del hijo (a) que está por nacer; 2) Al hijo (a) discapacitado aun cuando fuere mayor de edad; 3) Al padre y a la madre consanguíneos; 4) A los (as) abuelos (as) y demás ascendientes consanguíneos (as), matrimoniales o extramatrimoniales; 5) A los hermanos (as) consanguíneos discapacitados (as) o menores de edad; 6) A quien hizo una donación cuantiosa, si no hubiese sido rescindida o revocada; 7) A la persona con quien el (la) testador (a) vivió como si fuera su cónyuge durante los cinco (5) años que procedieren inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres del matrimonio durante su convivencia y que el (la) sobreviviente esté impedido (a) de*

720. Congreso Nacional de la República de Honduras, “Decreto No. 199-2006: Ley de Protección Integral del Adulto Mayor y Jubilado, de la República de Honduras; 15 de enero, 2007,” consultado 11 diciembre, 2019, <http://www.bvs.hn/Honduras/salud/ley.integral.de.proteccion.al.adulto.mayor.y.jubilados.pdf>

721. Congreso Nacional de la República de Honduras, “Decreto No. 211-200: Código Procesal Civil de la República de Honduras; 30 de mayo, 2006,” arts. 673-675, consultado 11 diciembre, 2019, <http://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Leyes/Documents/CPC2016.pdf>

722. Congreso Nacional de la República de Honduras, “Decreto No. 144-83: Código Penal de la República de Honduras; 26 de septiembre, 1983,” arts. 177-179, consultado 11 diciembre, 2019, https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Honduras.pdf

723. Congreso Nacional de la República de Honduras, “Decreto No. 73-96: Código de Niñez y la Adolescencia de la República de Honduras; 30 de mayo, 1996,” arts. 73-82, consultado 11 diciembre, 2019, https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Ninez_Adolescencia_Honduras.pdf

*trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias. Si fueren varias las personas con quien el (a) testador (a) vivió como si fueran su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos; y, 8) El adoptante al (a) adoptado (a) y éste (a) a aquel (a).*⁷²⁴

De lo anterior, se deduce que el derecho alimentario encuentra una amplia gama de instrumentos jurídicos a través de los cuales se tutela, en consecuencia, la tarea de la administración de justicia deviene en armonizar e integrar los de tal manera que se pueda encaminar desde una perspectiva de derechos humanos para los beneficiarios del derecho alimentario hondureño.

Es relevante mencionar que antes del año 2013; se llevaron a cabo, importantes reformas en el Código de Familia y en el Código de la Niñez y la Adolescencia mediante Decreto Legislativo No. 35-2013 de fecha 6 de septiembre del año 2013; a partir de ese momento resultó la derogación de la Sección Tercera que contenía 10 artículos que hacían referencia al derecho alimentario en el Código de la Niñez y la Adolescencia y a su vez se derogó el artículo 206, se introdujeron reformas a los artículos 211 y 213, la adhesión de los artículos 207-A, 207-B, 207-C, 207-D, 207-E, 207-F, 207-G, 210-A, 216-B y 226-A en el Código de Familia, ampliándose el capítulo que garantiza el derecho alimentario.

2.4.- Nicaragua

La Constitución Política de Nicaragua en su título IV Derechos, Deberes y Garantías del pueblo nicaragüense, Capítulo I Derechos Individuales⁷²⁵ específicamente el artículo 41,

reconoce la obligatoriedad de la prestación alimentaria.

Por su parte el Capítulo IV, Derechos de la Familia, habla de la importancia de la familia para la sociedad y la protección estatal a la que está sometida, así como el deber del Estado en velar por los derechos de los niños, en los artículos 70 y 76 respectivamente.⁷²⁶

Constitucionalmente no se encuentra norma que delimita los alimentos en general, por ese motivo se acude al Código de familia⁷²⁷ de la República de Nicaragua, Ley de

724. Congreso Nacional de la República de Honduras, “Decreto No. 76-84: Código de Familia de la República de Honduras; 11 de mayo, 1984,” art. 211.

725. “Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente por incumplimiento de deberes alimentarios. Es deber de cualquier ciudadano nacional o extranjero pagar lo que adeuda.” Asamblea Nacional Constituyente de la República de Nicaragua, “Constitución Política de la República de Nicaragua: 19 noviembre, 1986,” art. 41.

726. “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de ésta y del Estado.” “El Estado creará programas y desarrollará centros especiales para velar por los menores; éstos tienen derecho a las medidas de prevención, protección y educación que su condición requiere, por parte de su familia, de la sociedad y el Estado.” Asamblea Nacional Constituyente de la República de Nicaragua, “Constitución Política de la República de Nicaragua: 19 noviembre, 1986,” art. 70 y 76.

727. Asamblea Nacional de la República de Nicaragua, “No. 870: Código de Familia de la República de Nicaragua; 24 de junio, 2014,” arts. 1-674, consultado 11 diciembre, 2019, http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_normativa/ley_870-14_codigo_de_familia-nicaragua.pdf

Alimentos,⁷²⁸ de Nicaragua, la Ley de Responsabilidad Paterna y Materna,⁷²⁹ nicaragüense y el Código de la Niñez y la Adolescencia⁷³⁰ de Nicaragua.

Referente a los alimentos el Código de Familia nicaragüense en el numeral 306 declara que *Los alimentos son bienes necesarios que se proporcionan para la vida de una persona. Comprende una prestación económica que guarda la debida relación entre las posibilidades económicas de quien está obligado a darlos y las necesidades de quien deba recibirlos. Además, de las necesidades alimenticias propiamente dichas, se considera también como alimentos, los servicios necesarios para garantizar una mejor calidad de vida, tales como: a) Atención médica y medicamentos, rehabilitación y educación especial, cuando se trate de personas con alguna discapacidad independientemente de su edad; b) Vestuario; c) Habitación; d) Educación y aprendizaje de una profesión u oficio; e) Culturales y de recreación.*

En este mismo sentido se pronuncia el artículo 2 de la Ley de Alimentos, expone que *se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para satisfacer las necesidades siguientes: a) Alimenticias propiamente dichas; b) De atención médica y medicamentos. Esto comprende la asistencia de rehabilitación y de educación especial, cuando se trate de personas con severas discapacidades, independientemente de su edad y según la posibilidad económica del dador de alimentos; c) De vestuario y habitación;*

*ch) De educación e instrucción y aprendizaje de una profesión u oficio; d) Culturales y de recreación.*⁷³¹

El Código de la Niñez y la Adolescencia, en el numeral 89 advierte que “La autoridad administrativa podrá actuar como conciliador en los casos de guarda, **alimentos** y disputa de las hijas o hijos, procurando intervenir en beneficio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes, sin perjuicio de la intervención judicial.”⁷³² (Lo resaltado no es del original).

De este rápido examen de la normativa que regula la prestación alimentaria en los Estados mencionados, se observa que no todas las constituciones contienen norma expresa con respecto a la obligación alimentaria, para normarla acuden a leyes especiales. Sin embargo, todos los Estados confirman la importancia de la familia y le

728. Asamblea Nacional de la República de Nicaragua, “No. 143: Ley de Alimentos de la República de Nicaragua; 22 de enero, 1992,” arts. 1-29, consultado 11 diciembre, 2019, [http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/\(\\$All\)/52CF21BC4B462F9F062570A100577C2E?OpenDocument](http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/($All)/52CF21BC4B462F9F062570A100577C2E?OpenDocument)

729. Asamblea Nacional de la República de Nicaragua, “No. 623: Ley de Responsabilidad Paterna y Materna de la República de Nicaragua; 17 de mayo, 2007,” arts. 1-33, consultado 11 diciembre, 2019, http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_normativa/ley_no._623_de_2007-nicaragua.pdf

730. Asamblea Nacional de la República de Nicaragua, “No. 287: Código de la Niñez y la Adolescencia de la República de Nicaragua; 12 de mayo, 1998,” arts. 1-234, consultado 11 diciembre, 2019,

https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_de_la_Ninez_y_la_Adolescencia_Nicaragua.pdf

731. Asamblea Nacional de la República de Nicaragua, “No. 143: Ley de Alimentos de la República de Nicaragua; 22 de enero, 1992,” art. 2.

732. Asamblea Nacional de la República de Nicaragua, “No. 287: Código de la Niñez y la Adolescencia de la República de Nicaragua; 12 de mayo, 1998,” art. 89.

brindan protección Estatal, es precisamente de la base de la familia de donde surgen los alimentos, por lo que, implícitamente se reconoce en las constituciones la obligación alimentaria.

Las leyes complementarias sirven de soporte a la Constitución Política que como norma magna no puede regular todas las materias en un solo cuerpo normativo. Del análisis se aprecia que las leyes regulan aspectos tales como los sujetos procesales e igualmente regulan las medidas cautelares, que resultan de suma relevancia debido al objeto que se protege.

Finalmente, se aprecia que todos los Estados reconocen el deber Estatal de velar por el cumplimiento de la prestación alimentaria por parte de los padres y otros familiares, ya sea en la Constitución Política o en sus leyes complementarias.

3.- Tutela Internacional para el cobro de la obligación alimentaria

La prestación alimentaria, como derecho humano que es, se encuentra protegida en varios instrumentos internacionales, que pretenden solventar las trabas e inconvenientes que se puedan presentar en el cobro de la obligación a nivel internacional. El primer instrumento internacional que regula la materia es el Código Internacional de Derecho Privado (Código de Bustamante)⁷³³ de 1928⁷³⁴ en su capítulo VI los artículos 67⁷³⁵ y 68⁷³⁶ refiere a los alimentos entre parientes. El artículo 67 otorga la competencia con respecto al concepto legal de los alimentos, el orden de su prestación, la manera de suministrarlos y la extensión de ese derecho al domicilio del acreedor alimentario, mientras el numeral 68 se refiere a las disposiciones de orden público internacional que establecen el deber de prestar alimentos, relacionado con la cuantía, la reducción y el aumento, de dar y pagar los alimentos, además, prohíbe renunciar y ceder el derecho alimentario.

La armonización del Derecho Internacional Privado, se ha llevado a cabo, por medio de los tratados multilaterales generales respaldados por las Naciones Unidas, en

733. “Los presidentes de las Repúblicas de Perú, de Uruguay, de Panamá, de Ecuador, de México, de El Salvador, de Guatemala, de Nicaragua, de Bolivia, de Venezuela, de Colombia, de Honduras, de Costa Rica, de Chile, de Brasil, de Argentina, de Paraguay, de Haití, de República Dominicana, de Estados Unidos de América y de Cuba. ... en la Sexta Conferencia Internacional Americana, ... para aprobar las recomendaciones, resoluciones, convenios y tratados que juzgaren útiles a los intereses de América.” Enrique Napoleón Ulate Chacón y Gerardo Bonilla Castro, comp., *Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante)*, 1er edición, (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2018), 43.

734. Ratificado por Costa Rica el 27 de febrero de 1930, El Salvador el 16 de noviembre de 1931, Guatemala el 9 de noviembre de 1929, Honduras el 20 de mayo de 1930, Nicaragua el 28 de febrero de 1930, Panamá el 26 de octubre de 1928 y Belice no lo ha aceptado, ni firmado, ni ratificado. Organización de los Estados Americanos, “Departamento de Derecho Internacional (DDI),” *Organización de los Estados Americanos*, consultado 19 enero, 2020, http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-31_Codigo_Bustamante_firmas.asp

735. “Se sujetarán a la ley personal del alimentado el concepto legal de los alimentos, el orden de su prestación, la manera de suministrarlos y la extensión de ese derecho.” Enrique Napoleón Ulate Chacón y Gerardo Bonilla Castro, comp., *Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante)*,” art. 67.

736. “Son de orden público internacional las disposiciones que establecen el deber de prestar alimentos, su cuantía, reducción y aumento, la oportunidad en que se deben y la forma de su pago, así como las que prohíben renunciar y ceder ese derecho.” Enrique Napoleón Ulate Chacón y Gerardo Bonilla Castro, comp., *Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante)*,” art. 68.

diferentes materias, lo cual, permiten utilizar sus normas reguladoras en la vida internacional. Tal es el caso de la obtención de alimentos en el extranjero, cobro de pensión de alimentos y reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras. En ese sentido, tenemos la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución en el Extranjero de la Obligación de Prestar Alimentos, celebrada en Nueva York, Estados Unidos de América, el 20 de junio de 1956,⁷³⁷ por medio del cual se pretendía facilitar a los acreedores alimentarios, cuando los deudores residan en diferentes países, logren por medio de mecanismos efectivos, la obtención de alimentos que pretende recibir de la persona deudora, que está sujeta a la jurisdicción de otra parte contratante.

En el mismo sentido, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado ha emitido una serie de normativas concernientes al tema, a saber, el Convenio sobre el Cobro de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia, celebrada en su Vigésimo Primera Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el 23 de noviembre del 2007. Por otra parte, la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias Ámbito de Aplicación, de la Organización de Estados Americanos celebrada en Montevideo, el 15 de julio de 1989 y la Convenio sobre el Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Obligaciones Alimentarias, constituido en la Octava Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el 15 de abril de 1958. Los anteriores instrumentos establecen disposiciones comunes en lo concerniente a la ley aplicable a las pensiones alimentarias y el reconocimiento y ejecución de las resoluciones pronunciadas en la materia. Los convenios pretenden resolver el problema de la obligación alimentaria al entrar en juego diferentes ordenamientos jurídicos -conflicto de leyes-, para determinar cuál es la autoridad competente -la del país de residencia del acreedor ó la del obligado alimentario-, que origina esta situación.

3.1.- Código Internacional de Derecho Privado (Código de Bustamante)

El Código Internacional de Derecho Privado (Código de Bustamante),⁷³⁷ en relación a la obligación alimentaria a nivel internacional en el libro primero de derecho civil internacional bajo el capítulo V., titulado Paternidad y Filiación, en el artículo 59 señala que “es de orden público internacional la regla que da al hijo el derecho a

737. *Es en esta línea que el destacado internacionalista Bustamante y Sirven [sic] toma bajo su solo cargo la tarea, presentando su Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado al que adjunta una extensa introducción. Cuesta aceptar que en tan poco tiempo se pueda llevar a cabo una obra de semejante envergadura, por lo que se considera que Bustamante ya había trabajado en un cuerpo de esta característica.* Enrique Napoleón Ulate Chacón y Gerardo Bonilla Castro, comp., “Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante),” 35. Ulate y Bonilla citando a Tatiana Maekelt, mencionan que *el código de derecho internacional privado está conformado por cuatrocientos treinta y siete Artículos y un título preliminar condensados en cuatro libros a saber: I. Derecho civil internacional. II. Derecho mercantil internacional. III. Derecho penal internacional. IV. Derecho procesal internacional. Este cuerpo legal reviste singular importancia en la historia del Derecho Internacional Privado americano por ser el primer código completo referido a esta disciplina. Si bien son numerosas las críticas que recibe, ello no es óbice para reconocer en él un orgánico cuerpo de normas y un esfuerzo relevante en materia de unificación.* Enrique Napoleón Ulate Chacón y Gerardo Bonilla Castro, comp., “Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante),” 36.

alimentos.”⁷³⁸ por su parte el capítulo VI., alude a Alimentos entre Parientes, del mismo libros en el numeral 67 advierte que “se sujetarán a la ley personal del alimentado el concepto legal de los alimentos, el orden de su prestación, la manera de suministrarlos y la extensión de ese derecho.”⁷³⁹ En el mismo sentido, el artículo 68 indica que “son de orden público internacional las disposiciones que establecen el deber de prestar alimentos, su cuantía, reducción y aumento, la oportunidad en que se deben y la forma de su pago, así como las que prohíben renunciar y ceder ese derecho.”⁷⁴⁰ Por su parte, en el capítulo VIII, nombrado Adopción, en el numeral 76 en lo conducente menciona “son de orden público internacional las disposiciones que en esta materia regulan el derecho a alimentos...”⁷⁴¹

Se desprende de los artículo descritos, en caso de pretender realizar el cobro de la obligación alimentaria a nivel internacional.

3.2.- Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias Ámbito de Aplicación

Fue suscrita en Montevideo, Uruguay, el 15 de julio de 1989, dentro de la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado y entró en vigor en marzo de 1996. **Figuroa citado por Emiliano J. Buis, menciona que** “Esta Convención contempla mecanismos de cooperación procesal internacional y deja al arbitrio de la autoridad jurisdiccional competente la determinación de cuál será el derecho sustancial aplicable, seleccionando entre la ley del Estado del demandante y la ley del Estado demandado, aquella que le brinde mayor protección al alimentaria”⁷⁴²

Si bien varios Estados firmaron esta convención el mismo día de su promulgación, la entrada en vigor de este instrumento internacional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31, se produciría para cada Estado, el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación. A diferencia de otros convenios, como por ejemplo, el Convenio sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero del 20 de junio de 1956, el contenido de esta Convención es mucho más complejo, por que regula tres aspectos diferentes del Derecho Internacional Privado, a saber: “a) La competencia judicial internacional. b) El derecho aplicable y c) La cooperación internacional. Lo anterior implica que dicho contenido se pueda de manera supletoria complementar con el Código Civil o con el Código de Procedimientos de cada Estado.”⁷⁴³

738. Enrique Napoleón Ulate Chacón y Gerardo Bonilla Castro, comp., “*Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante)*,” art. 59.

739. Enrique Napoleón Ulate Chacón y Gerardo Bonilla Castro, comp., “*Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante)*,” art. 67.

740. Enrique Napoleón Ulate Chacón y Gerardo Bonilla Castro, comp., “*Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante)*,” art. 68.

741. Enrique Napoleón Ulate Chacón y Gerardo Bonilla Castro, comp., “*Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante)*,” art. 76.

742. Emiliano J. Buis, *Ventajas de ratificar la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias* (Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 2002), 1.

743. Juan Carlos Guerrero Valle, “Consideraciones en relación con el convenio sobre obtención de alimentos en el extranjero; la Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias y el convenio sobre cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia,” *Revista Perspectiva Jurídica UP*, no. 2 (2018): párr. 10, “<http://www.edkpublicaciones.com/up/index.php/indice-2/consideraciones-en-relacion-con-el-convenio-sobre-obtencion-de-alimentos-en-el-extranjero-la->

El ámbito de aplicación corresponde a personas menores de 18 años y las relaciones matrimoniales entre cónyuges o que hayan sido tales, se puede interpretar las uniones de hecho, etcétera. La competencia en la esfera internacional para las reclamaciones alimentarias en relación a los acreedores le compete a “a. El juez o autoridad del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor; b. El juez o autoridad del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor, o c. El juez o autoridad del Estado con el cual el deudor tenga vínculos personales tales como: posesión de bienes, percepción de ingresos, u obtención de beneficios económicos.”⁷⁴⁴

Las sentencias extranjeras deben reunir ciertas condiciones, tales como que el juez que dictó la sentencia, tenga competencia internacional, según los artículos 8 y 9 de la Convención, la sentencia y los documentos deben estar traducidos en el idioma donde debe surtir efectos, que tengan las formalidades para que sean auténticos, entre otros. Se dan una serie de requisitos para solicitar el cumplimiento de las sentencias, el cual le corresponde la juez conocer de la ejecución, ahora bien en caso de la resolución fuere apelada, “el recurso no suspende las medidas provisionales ni el cobro y ejecución que estuvieren en vigor.”⁷⁴⁵

Además, en “ningún tipo de caución será exigible al acreedor de alimentos por la circunstancia de poseer nacionalidad extranjera, o tener su domicilio o residencia habitual en otro Estado.”⁷⁴⁶ Por último, una vez declarado el beneficio de pobreza, los Estados parte deben prestar asistencia judicial gratuita a los que gozan del beneficio de este beneficio. **3.3.- Convenio sobre el Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Obligaciones Alimentarias**

En nuestros días el cumplimiento de las obligaciones alimentarias constituye un aspecto importante en la problemática de los sistemas jurídicos de derecho internacional privado. Lo anterior se da específicamente por el hecho de que en muchas ocasiones ambas partes, alimentante y alimentado, poseen domicilio, o residencia de carácter habitual, en Estados distintos.

En este supuesto, las fronteras territoriales existentes entre los Estados representan un reto, y es el acreedor quien generalmente debe solicitar asistencia jurídica y realizar gestiones internacionales que se tornan engorrosas y costosas, para la fijación, pago o ejecución de alimentos. “Frente a esto, se debe procurar el efectivo acceso a la percepción de este derecho humano, y que este propósito no se frustre por la falta de legislación o por la coexistencia de legislaciones manifiestamente discordantes.”⁷⁴⁷

convencion-interamericana-sobre-obligaciones-alimentarias-y-el-convenio-sobre-cobro-internacional-de-alimentos-para-ninos-y-otros-miembros-de-la-familia

744. Departamento de Derecho Internacional, DEA. “Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias Ámbito de Aplicación: 15 de julio, 1989.” *Departamento de Derecho Internacional, DEA*. art. 8, consultado 15 enero, 2020, <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-54.html>

745. Departamento de Derecho Internacional (DEA), “*Tratados Multilaterales, Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias Ámbito de Aplicación*,” art. 13.

746. Departamento de Derecho Internacional (DEA), “*Tratados Multilaterales, Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias Ámbito de Aplicación*,” art. 14.

747. Emiliano J. Buis, “*Ventajas de ratificar la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias*.” 1.

Para lograr esa efectividad en el reclamo de los alimentos por parte de sus acreedores, es lo que ha propiciado que la comunidad jurídica internacional procure facilitar los trámites administrativos y judiciales, mediante la celebración de diversos instrumentos normativos internacionales, como la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias Ámbito de Aplicación.

En este sentido, Figueroa citado por Emiliano J. Buis, afirma que *la preocupación compartida universalmente por los Estados, frente a las dificultades que afronta una persona que no genera ingresos y carece de bienes para subsistir, en tanto quien deba suministrarles alimentos se haya radicado en un país diferente al suyo, ha coadyuvado a la promulgación de diferentes instrumentos internacionales, que han procurado resolver dichos inconvenientes. Generalmente la sensible situación de debilidad que afecta en especial a los menores de edad que han sido desamparados económicamente por alguno o sus dos progenitores se ha concentrado como tendencia principal de protección de la normativa internacional.*⁷⁴⁸

3.4.- Convención sobre Reconocimiento y Ejecución en el Extranjero de la Obligación de Prestar Alimentos

La estructura del Convención sobre Reconocimiento y Ejecución en el Extranjero de la Obligación de Prestar Alimentos (Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución EOPA.), tiene un total de 21 artículos, bajo el siguiente extracto: Preámbulo y cada artículo con su respectivo nombre, entre ellos el artículos 1. Alcance de la Convención, artículo 3. Solicitud a la Autoridad Remitente, artículo 4. Transmisión de los documentos, artículo 5. Transmisión de sentencias y otros actos judiciales, artículo 7. Exhortas, artículo 10. Transferencia de fondos, artículo 12. Aplicación Territorial, artículo 15. Denuncia, artículo 16. Solución de controversias y artículo 20. Revisión.

La Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución EOPA., ha ofrecido la primera estructura de cooperación administrativa internacional para facilitar la obtención de alimentos en el extranjero, mediante los servicios de organismos llamados Autoridades Remitentes e Instituciones Intermediarias. La Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución EOPA., propone la intervención de dichas autoridades, quienes, cuando el demandante se encuentre en el territorio de una de las partes contratantes, y el demandado este bajo la jurisdicción de otra parte contratante, el demandante puede presentar la solicitud a la Autoridad Remitente para los alimentos del demandado.

La Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución EOPA., es la normativa ideal para el cobro internacional de alimentos, lo cual resulta imperativo se den a conocer y capacitar a los jueces y juezas y profesionales en derecho para facilitar la eficacia de la aplicación de la Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución EOPA.

3.5.- Convenio sobre Cobro Internacional de Alimentos para Niños y otros Miembros de la Familia⁷⁴⁹

748. Emiliano J. Buis, Ventajas de ratificar la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 2002), 137.

749. En su preámbulo señala ... *recordando que, de conformidad con los artículos 3 y 27 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, –el interés superior del niño tendrá consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños, –todo niño tiene derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, –los padres u otras personas encargadas del niño tienen la responsabilidad primordial de*

La estructura del Convenio sobre Cobro Internacional de Alimentos para Niños y otros Miembros de la Familia (Convenio sobre Cobro Int. de Alimentos NMF.), tiene un total de 65 artículos, divididos en 9 capítulos, bajo el siguiente extracto: Preámbulo. Capítulo I: Objeto, ámbito de aplicación y definiciones (artículos 1-3). Capítulo II: Cooperación administrativa (artículos 4-8). Capítulo III: Solicitudes por intermedio de autoridades centrales (artículos 9-17). Capítulo IV: Restricciones a la iniciación de procedimientos (artículo 18). Capítulo V: Reconocimiento y ejecución (artículos 19-31). Capítulo VI: Ejecución por el Estado requerido (artículos 32-35). Capítulo VII: Organismos públicos (artículo 36). Capítulo VIII: Disposiciones generales (artículos 37-57). Capítulo IX: Disposiciones finales (artículos 58-65). Anexo I: Formulario de transmisión en virtud del artículo 12. Anexo II: Formulario de acuse de recibo en virtud del artículo 12.

El Convenio sobre Cobro Int. de Alimentos NMF., su ámbito de aplicación es para las obligaciones alimentarias de personas menores de 21 años de una relación paterno-filial, entre cónyuges y ex-cónyuge, para las personas que no hayan alcanzado los 18 años, además, las derivadas de una relación de familia, filiación, matrimonio o afinidad, incluyendo las personas vulnerables y a los niños independientemente de la relación conyugal de los padres, de conformidad con los artículos 2.3 y 2.4⁷⁵⁰ del mismo cuerpo normativo.

Para el cobro de alimentos, el Convenio sobre Cobro Int. de Alimentos NMF., contempla dos vías de petición de alimentos, a saber, la vía administrativa y la vía judicial. La solicitud de alimentos se puede presentar a la autoridad administrativa quien decidirá si es ella quien los tramita o remite al procedimiento judicial. En consecuencia, la vía administrativa, lo cual, es gratuita, se encuentra regulada en los artículos 4 al 13 del Convenio sobre Cobro Int. de Alimentos NMF., es por eso, que verte la incorporación de dos formularios en los anexos 1 y 2, en los cuales, en el primero se transmite la solicitud y en el segundo se da el acuse de recibo de la misma de la información necesaria con respecto a la obligación alimentaria. La vía judicial se prevé, para aquellos países que no cuenta con la vía administrativa, pero refieren a la vía judicial mediante la asistencia jurídica gratuita.

proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida necesarias para el desarrollo del niño, y los Estados partes deben tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo la celebración de acuerdos internacionales, para asegurar el pago de los alimentos por parte de los padres u otras personas responsables, en particular, cuando tales personas vivan en un Estado distinto de aquel en que resida el niño ...” Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, “38: Convenio de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia,” Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, consultado 27 julio, 2020, <https://assets.hcch.net/docs/8f94c72c-6bed-4f1e-ba91-b4f7351a3500.pdf>

750. 3.3 Cualquier Estado contratante podrá, de conformidad con el artículo 63, declarar que extenderá la aplicación de todo o parte del Convenio a otras obligaciones alimenticias derivadas de una relación de familia, filiación, matrimonio o afinidad, incluyendo en particular las obligaciones a favor de personas vulnerables. Tal declaración sólo creará obligaciones entre dos Estados contratantes en la medida en que sus declaraciones incluyan las mismas obligaciones alimenticias y partes del Convenio. 3.4. Las disposiciones del presente Convenio se aplicarán a los niños con independencia de la situación conyugal de sus padres. Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, “38: Convenio de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia,” arts. 3.3 y 3.4.

En cuanto al acceso efectivo a la justicia que se encuentra regulado en los artículos 14 al 17 del Convenio sobre Cobro Int. de Alimentos NMF, advierte la obligatoriedad de brindar la asistencia jurídica de forma gratuito cuando se pruebe la necesidad y será oneroso en los demás casos, por lo que, se analizaran las condiciones económicas de los solicitantes para el auxilio jurídico. Es relevante señalar que la gratuidad se considera sólo para los menores de 21 años, salvo que los Estados que realicen una declaración respecto a la extensión de dicho beneficio, pero, ante prueba de necesidad la asistencia es gratuita. Un dato primordial es la prevención de cada Estado parte a lo interno de cada país mantener medidas efectivas para la ejecución de las decisiones de conformidad con el numeral 34.

Es fundamental señalar que a lo largo de todo el Convenio sobre Cobro Int. de Alimentos NMF, se denota una ponderación al principio de igualdad de las partes; y de igual forma se observan las figuras de orden público y fraude a la ley.

Expresa la Dra. Nuria González *no nos desviamos de las expresiones de entusiasmo y aliento ... ante una nueva y, pensamos, magnífica Convención sobre Alimentos de 2007. Tenemos claridad en los avances y en los pasos de gigante que ha dado este nuevo instrumento internacional, tan sólo pedimos “no bajar la guardia” ante la práctica diaria y las situaciones particulares de cada caso y en cada ente.*⁷⁵¹

Es claro que los Estados deben velar por el cumplimiento de Convenio sobre Cobro Int. de Alimentos NMF, con el fin de no obliterar su urgente cumplimiento. Es conveniente unificar criterios en materia de jurisdicción competente y derecho aplicable y diseñar mecanismos de cooperación en busquen una herramienta efectiva para brindar soluciones a el problema del cobro internacional de alimentos.

4.- Aspectos sustanciales de la obligación alimentaria

Como ya se mencionó líneas atrás, el derecho a recibir alimentos, está recogido desde la Constitución, así con en normativa supranacional.

Siguiendo lo dicho por la Sala Constitucional en relación con este tema, ésta ha puntualizado acerca de la prestación alimentaria los siguiente: el derecho a la prestación alimentaria es de rango constitucional, pues tiene que ver con la subsistencia y bienestar de la persona humana, y en la relación matrimonial surge como consecuencia del mutuo auxilio y solidaridad que rigen dicha institución.⁷⁵²

Tal y como lo expone la Sala Constitucional en el supra citado voto, lo retoma el Tribunal de Familia y lo expone el autor de la cita anterior, la prestación alimentaria es una prestación que tiene por objeto el mantenimiento y la subsistencia, para el pleno desarrollo físico, emocional y moral, por parte de quien la da (persona obligada) a quién la recibe (persona beneficiaria). Claramente, hace referencia al carácter fundamental de la misma, que responde a valores constitucionales, a derechos humanos, y que comprende todo aquello que conforme a la ley o una resolución

751. Nuria González Martín, “La Convención de la Haya del 23 de noviembre de 2007 sobre el Cobro Internacional de Alimentos con respecto a los Niños y otras Formas de manutención de la familia,” *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IX (2009): 825, <http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v9/v9a31.pdf>

752. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Acción de inconstitucionalidad: voto 07517-2001; 01 de agosto, 2001 14:50 horas,” *expediente 00-009963-0007-co, considerando*, párr. 4.

judicial así lo disponga como necesario para la subsistencia de una persona, incluyendo no solo necesidades materiales sino, igualmente las de índole moral y cultural.

En esta línea de pensamiento se expresa el autor Belluscio al citar jurisprudencia extranjera, que *pensamos que la misma estará destinada a satisfacer no solo las necesidades materiales de subsistencia, vestuario, habitación y asistencia en las enfermedades (...), sino también las necesidades de índole moral y cultural, siendo que tal prestación deberá procurarse atendiendo a las necesidades, a la condición social, y al estilo de vida del alimentado así como a la capacidad económica del alimentante.*⁷⁵³

Siguiendo nuestra legislación, específicamente en los artículos 164 a 174 del Código de Familia costarricense vigente, en el Título IV Capítulo Único “Alimentos” el legislador hizo referencia a esta prestación entre parientes, así que, a partir de estas normas, el vínculo jurídico que determina el parentesco, sustenta la base de la prestación alimentaria entre personas parientes, da lugar al ese vínculo obligacional que faculta a exigir entre esas personas, la prestación alimentaria, a fin de asegurar la subsistencia de aquél o aquélla pariente con necesidad de recibir alimentos.

Es por ello que se dice que el origen de la prestación alimentaria se encuentra en los vínculos de parentesco que contiene intrínseco el sentimiento de solidaridad, de apoyo o ayuda recíproca, que además alimenta lazos de fortalecimiento de las familias.

No se detalla en este trabajo las distintas relaciones obligacionales que se generan, toda vez que no es el objeto del mismo, baste indicar, que derivan tanto del matrimonio, unión de hecho, responsabilidad parental y el parentesco, así se desprende del ordinal 169 del Código de Comentario, al disponer el mismo, que se deben alimentos: los cónyuges entre sí, los padres a sus hijos menores o “incapaces” (persona con discapacidad) y los hijos a sus padres; los hermanos a los hermanos menores o a los que presenten una discapacidad que les impida valerse por sí mismos, los abuelos a los nietos menores y a los que, por una discapacidad, no puedan valerse por sí mismos, cuando los parientes más inmediatos del alimentario antes señalado, no puedan darles alimentos o en el tanto en que no puedan hacerlo; y los nietos y bisnietos a los abuelos y bisabuelos en las mismas condiciones indicadas en este inciso.

En cuanto a lo que se entiende por alimentos, se retoma lo establecido en este mismo cuerpo normativo en su artículo 164, norma que dispone: “Se entiende por alimentos, lo que provea sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación, diversión, transporte y otros, conforme a las posibilidades económicas y el capital que le pertenezca o posea quien ha de darlos. Se tomarán en cuenta las necesidades y el nivel de vida acostumbrado por el beneficiario, para su normal desarrollo físico y psíquico, así como sus bienes.”⁷⁵⁴

5.- Ejecutoriedad y Ejecutividad de la obligación alimentaria

El proceso alimentario tiene como característica especial o particular, que desde el inicio del proceso se dicta en la mayoría de los casos una medida cautelar especialísima que es la fijación de una cuota alimentaria provisional, misma que según lo regulado en

753. Claudio Belluscio, *Prestación Alimentaria Régimen Jurídico* (Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004), 35.

754. Benavides Santos, Diego compilador. “*Código de Familia: concordado y comentado, con jurisprudencia constitucional y de casación. Con índice alfabético,*” art. 164.

el artículo 52 de la Ley de Pensiones en concordancia con el artículo 563 del Código Procesal Civil, es ejecutable y ejecutoria aunque la misma no se encuentre firme, esta característica tiene una razón de fondo sumamente importante y es garantizar a los beneficiarios que en su mayoría son vulnerables la satisfacción inmediata de sus necesidades alimentarias. La Sala Constitucional en votos reiterados ha avalado y confirmado los efectos de lo dispuesto en esa resolución inicial en lo que se refiere a pensión provisional.

Así en cuanto a la ejecutividad y ejecutoriedad, en el voto número 01481-01 de las 15:24 horas del 21 de febrero de 2001, señaló que ... ***un principio bien consagrado de derecho procesal establece que las medidas cautelares ordenadas por un tribunal son ejecutivas y ejecutorias, no obstante y sin perjuicio de la apelación u otro recurso que se interponga contra ellas, y, naturalmente, a reserva de lo que en definitiva resuelva el superior; lo cual implica, en el caso concreto, aclarar que la exigencia constitucional de recurso contra las resoluciones que impongan una pensión provisional o el apremio corporal para garantizarla, deben ejecutarse de inmediato aunque sean recurridas, sin perjuicio y a reserva de lo que resuelva el superior ...***⁷⁵⁵

Así mismo, ya una vez dictada la sentencia lo dispuesto al igual que en la provisional es ejecutorio y ejecutable aunque no se encuentre firme. La anterior, es una característica muy particular del proceso alimentario dado los intereses tan especiales que se protegen tanto que el monto impuesto como cuota alimentaria sea de forma provisional o en sentencia se ejecutan por vías muy drásticas como el apremio corporal, pero que se ha justificado por los derechos fundamentales involucrados.

5.1.- Fijación Provisional

Este tipo de fijación alimentaria es una facultad que tiene la persona juzgadora de imponerla o no. Se deduce de la lectura del numeral 168 del Código de Familia, cuando señala: “**Mientras se tramita la demanda alimentaria, comprobado el parentesco, el juez podrá fijar una cuota provisional ...**”⁷⁵⁶ (negrita agregada). Esta norma debe correlacionarse con el artículo 21 de la Ley de Pensiones Alimentarias, que establece dicha fijación. Respecto a las personas menores de edad o mayores con discapacidad disminuida, la fijación provisional es incuestionable, ya que casi siempre se trata de personas sin ningún recurso económico. Cuando se trata de demandantes mayores de edad no siempre se tendrá la posibilidad de optar por esa fijación, salvo que cumpla desde el inicio de su demanda, con todos los requisitos que enumera el artículo 173 inciso 5° del Código de Familia, en este caso, estar estudiando para adquirir una profesión u oficio, no sobrepasar la edad de veinticinco años, obtener buenas calificaciones y llevar una carga académica razonable.

755. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Acción de inconstitucionalidad: voto 01481-2001; 21 de febrero, 2001 15:24 horas.” expediente 00-010689-0007-co, considerando, párr. 5.

756. Benavides Santos, Diego compilador. “Código de Familia: concordado y comentado, con jurisprudencia constitucional y de casación. Con índice alfabético,” art. 168.

Los artículos 247 y 255 del Código de Familia de El Salvador, permiten que se fijen alimentos provisionales, y señala el carácter de asistencial, o de satisfacer todas las necesidades que se incluyen en el rubro de alimentos

5.2.- Apremio Corporal.

El apremio corporal es una de las medidas más utilizadas para hacer efectivo el cobro del derecho alimentario, como se dijo es una medida cautelar que es ejecutiva y ejecutoria, si bien, es una medida de coerción drástica la misma está justificada por el fin que persigue, proveer sustento a una población que en su mayoría se encuentra en estado de vulnerabilidad como son las personas menores de edad, personas adultas mayores y personas con discapacidad.

Además, se desprende de la protección especial de índole constitucional del Estado hacia la familia, consagrado en el numeral 51 de la Constitución Política de Costa Rica, al señalar “...La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido...”⁷⁵⁷

En el mismo sentido señala, Picado “... Dentro de esta protección a la familia se incluye el derecho a la alimentación como derecho básico de todo ser humano, el Estado ha procurado darle un contenido protector real y efectivo, mediante la medida del apremio corporal ...”⁷⁵⁸

Si bien el numeral 38 constitucional señala que “... Ninguna persona puede ser reducida a prisión por deudas...,”⁷⁵⁹ el apremio corporal por deuda alimentaria es la excepción, la Sala Constitucional indicó en el voto número 4726-94 de las nueve horas, veintiún minutos del dos de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro, lo siguiente “... *Esta ha sido la tesis sostenida por la Sala Constitucional desde el inicio de sus funciones, aunque recogiendo la que ya de antiguo había establecido la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Para esta interpretación, se ha tomado en cuenta que el apremio corporal es la única modalidad que subsiste de “prisión por deudas”, como excepción al principio general receptado por La Constitución Política, pero fundamentalmente por lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos. Ciertamente, y hay que tener en cuenta que frente al deber de un sujeto de dar alimentos, hay un derecho correlativo de otro a recibirlos ...*”⁷⁶⁰

757. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “Constitución Política de la República de Costa Rica: 7 de noviembre, 1949,” art. 51.

758. Elizabeth Picado Arguedas, “El apremio corporal como medida de coacción para el cumplimiento alimentario,” *Revista de Familia Colecciones Derecho y Justicia. Escuela Judicial del Poder Judicial de Costa Rica* (2011): 113.

759. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “Constitución Política de la República de Costa Rica: 7 de noviembre, 1949,” art. 38.

760. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Recurso de hábeas corpus: voto 04726-94; 2 de septiembre, 1994 09:21 horas,” *expediente 94-004049-0007-co, considerando*, párr. 3.

Según se citó anteriormente la Convención Americana de Derechos Humanos, en su numeral 7.7 señala "... Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios ..."⁷⁶¹

Siendo el apremio corporal, una forma drástica de hacer efectivo el pago de la obligación alimentaria, dado que se limita la libertad de la persona deudora alimentaria, la normativa costarricense establece la forma de hacerlo, la cantidad de meses posibles por cobrar.

El apremio no podrá mantenerse por más de seis meses; se revocará, si la parte interesada recurre a la vía ejecutiva para cobrar la obligación o si el deudor alimentario la cancela.

En cuanto al apremio corporal, el Código Procesal de Familia que empezará a regir a partir del primero de octubre del presente hace importantes cambios, los que se observan son referentes a la edad dado que disminuye de 71 años a 65 años. También el artículo 283 introduce una gradualidad donde la primera orden se girará hasta por dos meses, la segunda hasta por cuatro meses y la tercera hasta por seis meses.

Otro cambio sustancial es el que describe el artículo 284 ya que el deudor alimentario podrá solicitar que se le imponga como medida especial un apremio corporal nocturno, así también, dependiendo de las condiciones particulares la autoridad judicial podrá imponer que la medida se cumpla en horas diurnas, a la cual no se le podrá aplicar más de ocho horas diarias.

5.3.- Retención salarial

En cuanto a la retención salarial López, (2013) indica "...va, dirigida, directamente, a que, con ella, se haga efectivo pago a la acreedora alimentaria –o acreedor alimentario-, de la cuota alimentaria de un determinado período, de alimentos presentes..."⁷⁶²

De los artículos 28, 62 y 64 de la Ley de Pensiones Alimentarias, se infiere que la deuda alimentaria también puede hacerse efectiva mediante la retención salarial, señala el numeral 28 en su último párrafo "...Cuando la pensión se deduzca directamente del salario del deudor alimentario..." en este caso según lo señala el artículo, el patrono estará obligado a remitir al tribunal copia del depósito realizado, con el fin de llevar el control, es casi un hecho probado que lo anterior no ocurre actualmente, lo cual obedece a la existencia del Sistema de Depósitos Judiciales (SDJ), donde cada expediente representa a la vez una cuenta corriente en el Banco de Costa Rica, ahí se acreditan directamente dichos dineros y es muy fácil para los despachos visualizar si se está cumpliendo con la retención salarial.

761. Organización de los Estados Americanos, "Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32); 7-22 de noviembre, 1969," *Organización de los Estados Americanos* (7-22 de noviembre, 1969): art. 7.7.

762. Francisco López Arce, *Pensiones Alimentarias Ensayos* (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2013), 58.

El numeral 62 da la pauta de cuando es posible la retención salarial, indica “... Cuando el deudor de alimentos posea una fuente regular de ingresos, por gestión de la parte interesada podrá ordenarse retener el monto correspondiente a la cuota alimentaria impuesta. La orden deberá ser acatada por el patrono o el encargado de practicar la retención quienes, en caso de incumplimiento, serán solidariamente responsables del pago de la obligación, esto sin perjuicio de que sean sancionados por el delito de desobediencia, contemplado en el Código Penal...”.

En la práctica la parte acreedora alimentaria, se presenta al Juzgado y hace la solicitud de retención salarial, el Juzgado por su parte confecciona un oficio que es remitido al lugar de trabajo del obligado alimentario para que se haga efectiva la retención, dicha retención según el numeral 64 tendrá preferencia sobre embargos de diversas naturalezas.

Es muy importante tener en cuenta que tanto el apremio patrimonial como la retención salarial, son excluyentes de la vía de apremio corporal. También a fin de evitar privaciones de libertad arbitrarias y siendo que el apremio corporal es una medida restrictiva se debe verificar que la orden de apremio corporal este legalmente expedida, esto dado que aún y cuando al deudor alimentario se le este reteniendo la cuota alimentaria de su salario, pueden ocurrir situaciones imprevistas o que no dependan del obligado alimentario, sino de la empresa o institución para la cual labore, en donde no se efectuó la retención de forma completa, pues en este caso, debe prevenirse al obligado el pago de dichas diferencias, no se puede expedir el apremio de forma automática.

5.3.- Restricción migratoria

En cuanto a la restricción migratoria, los artículos 14 y 15 La Ley de Pensiones Alimentarias de Costa Rica establece otra coacción al deudor alimentario, ya que le exige garantizar doce meses de la cuota alimentaria, aguinaldo y salario escolar cuando corresponda, para abandonar el país.

El artículo 14 establece la “Restricción migratoria. Ningún deudor de alimentos obligado a pagar pensión alimentaria, podrá salir del país, salvo que la parte actora lo hubiere garantizado el pago de, por lo menos, doce mensualidades de la cuota más el aguinaldo.”⁷⁶³

El artículo 15 se refiere al registro de obligados alimentarios que está a cargo del Poder Judicial, el cual señala que el “índice de obligados alimentarios. Para los fines del artículo anterior, el Poder Judicial llevará un índice de obligados por pensión alimentaria provisional o definitiva. Este índice se conformará con las comunicaciones que remitan las autoridades judiciales, excepto si existe convenio en contrario o solicitud expresa de la parte actora.”⁷⁶⁴

El Código de Familia de El Salvador regula también la restricción migratoria como medio para lograr el cumplimiento del deber alimentario. De acuerdo con el Código de Familia de El Salvador (1993, art. 258), tanto los jueces o juezas de familia

763. Diego Benavides Santos, comp., “*Ley de Pensiones Alimentarias: concordado y comentada, con jurisprudencia constitucional y de casación, Con índice alfabético,*” art. 14.

764. Diego Benavides Santos, comp., “*Ley de Pensiones Alimentarias: concordado y comentada, con jurisprudencia constitucional y de casación, Con índice alfabético,*” art. 15.

o de Paz o el Procurador o Procuradora General de la República puede ordenar que una persona obligada al pago de alimentos provisionales o definitivos fijados en sede judicial o en sede administrativa mediante resolución o convenio, no pueda salir del país mientras no caucione previa y suficientemente dicha obligación. En relación al mismo cuerpo normativo (1993, art. 267) para poder salir del país, el alimentante debe garantizar los alimentos por todo el tiempo que faltare para que el menor alimentario llegue a su mayoría de edad, o por un período no inferior a los cinco años.

6.- Utilidad del derecho comunitario centroamericano para ejecutar el pago de las obligaciones alimentarias de los países miembros del SICA

La suscripción del Protocolo de Tegucigalpa, el 13 de diciembre de 1991, se señala como el punto de partida de la integración de la región centroamericana, aunque esta tiene sus orígenes en la década de los años 1950 y 1960 al establecerse el mercado común centroamericano (MERCOMUN).

Los cinco países que en principio conformaron la “Organización de Estados Centroamericanos; El Salvador, Nicaragua, Guatemala, Honduras y Costa Rica ... forman parte del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA, o Sistema), así como los países que se han adherido posteriormente (Panamá, Belice y República Dominicana.”⁷⁶⁵

En este sentido, Perotti, Salazar y Ulate citando una sentencia de la Corte Centroamericana de Justicia menciona que “en el área centroamericana, la vivencia de un Derecho Comunitario está garantizada por normas propias de las Constituciones de todos sus Estados y se vuelve imperativo ajustar todo instrumento que se suscriba entre ellos con la finalidad de alcanzar objetivos comunes en cualesquiera de sus campos, económicos, políticos y sociales.”⁷⁶⁶

El concepto de derecho comunitario también lo encontramos en un pronunciamiento de la Corte Centroamericana, que lo define como “un conjunto organizado y estructurado de normas jurídicas, que posee sus propias fuentes, está dotado de órganos y procedimientos adecuados para emitirlos, interpretarlas y hacerlas saber.”⁷⁶⁷

Es importante acotar, que aunque se ha entendido que el principal propósito de la integración centroamericana es el aspecto económico, pues lo que se pretende es crear zonas de libre comercio entre los países, donde circulen productos, servicios y otros promoviendo la unión aduanera, no se puede dejar de lado que esto ha implicado también otros procesos sociales en los que se ven inmersas las distintas problemáticas de los habitantes de los países integrantes.

765. Alejandro Daniel Perotti, César Ernesto Salazar Grande y Enrique Napoleón Ulate Chacón, *Derecho y doctrina judicial comunitaria, Corte Centroamericana de Justicia y tribunales supremos nacionales*, 3ª ed. (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2019), 53.

766. Alejandro Daniel Perotti, César Ernesto Salazar Grande y Enrique Napoleón Ulate Chacón, “Derecho y doctrina judicial comunitaria, Corte Centroamericana de Justicia y tribunales supremos nacionales,” 67 y 68.

767. Alejandro Daniel Perotti, César Ernesto Salazar Grande y Enrique Napoleón Ulate Chacón, “Derecho y doctrina judicial comunitaria, Corte Centroamericana de Justicia y tribunales supremos nacionales,” 79.

Específicamente el tema de las obligaciones alimentarias, según lo desarrollado en acápites anteriores, muestra que se pueden encontrar dentro del Derecho comunitario Centroamericano, mecanismos apropiados para la ejecución y el cobro de alimentos, donde se puede lograr agilizar los procesos y en un tiempo menor los beneficiarios hagan efectivo este derecho.

Se ha hecho mención en este artículo sobre la existencia de distintos tratados internacionales, que regulan el cobro de obligaciones alimentarias, pero como se ha indicado no todos los países centroamericanos los han ratificado, por lo que no es posible tramitar y ejecutar procesos alimentarios utilizando estos instrumentos internacionales.

En relación a esta problemática de las relaciones familiares, y tomando en consideración cuál de los organismos del sistema comunitario centroamericano sería el indicado para esta materia, es importante indicar que la Corte Centroamericana de Justicia *por ser un tribunal donde sus resoluciones alcanzan la calidad de cosa juzgada y su doctrina pronunciada es vinculante para todos los miembros del sistema comunitario centroamericano, (...) nos lleva a entender que, (...) la actividad jurisdiccional realizada por este tribunal supranacional, que aplica, interpreta y dota de contenido al derecho comunitario (...) es válidamente aplicable al interior de los distintos países que forman parte de dicho sistema.*⁷⁶⁸

Así también, el organismo comunitario denominado Parlamento Centroamericano (PARLACEN) ha dictado incluso resoluciones y pronunciamientos en materia familiar, y hace recomendaciones donde se exhorta a “todos los Estados miembros del sistema de integración centroamericano a unificar las legislaciones internas de cada Estado miembro para que se garantice la protección de la mujer, adolescentes y los niños.”⁷⁶⁹

7.- Conclusiones

El cobro internacional de alimentos constituye una problemática propia de las familias a nivel internacional, que se presenta cada vez con más frecuencia. La comunidad jurídica internacional ha elaborado diversas fuentes convencionales en busca de soluciones adecuadas al derecho fundamental que pretende protegerse. Se puede pensar en la creación de nuevos instrumentos y desarrollar prácticas que promuevan la cooperación internacional, como medio para lograr el éxito en el cobro internacional de alimentos.

El conocimiento e implementación de los recursos por parte de los diversos operadores del derecho puede hacer la diferencia entre una ágil y eficaz respuesta a un conflicto o la demora en la precisión del derecho a alimentos.

El derecho comparado en este tipo de procesos, cumple una importante labor de unificación y además una oportunidad de hallar la mejor solución con beneficios prácticos y más amplios.

768. Daniel Alvarado Bonilla, comp., *Derecho de Familia Centroamericano*, 1ª.ed. (San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2010), 400.

769. Daniel Alvarado Bonilla, comp., “*Derecho de Familia Centroamericano*,” 402.

8.-Bibliografía

- Alvarado Bonilla, Daniel. Compilador. *Derecho de Familia Centroamericano*. 1^aed. San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2010.
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. “Constitución Política de la República de Costa Rica: 7 de noviembre, 1949.” Sinalevi. Consultado 17 de noviembre, 2019. http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=871&strTipM=TC
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. “Ley de Promoción del Salario Escolar en el Sector Privado: no. 8682; 12 de noviembre, 2008.” http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=64513&strTipM=TC
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *No. 7586: Ley Contra la Violencia Doméstica, con índice alfabético y concordancias, Anexo Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, 10 de abril, 1996*. San José, Costa Rica: IJSA. 2011.
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. “Código de la Niñez y la Adolescencia: No. 7739; 6 de enero, 1998,” *La Gaceta*. no. 26 (6 febrero 1998): 1-72.
- Asamblea Legislativa de la República de El Salvador. “Decreto No. 38: Constitución Política de El Salvador; 15 de diciembre, 1983.” Consultado 11 diciembre, 2019. [CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR – Constitucion_de_la_Republica_del_Salvador_1983.pdf](http://www.constituciondeelsalvador.gob.sv/constitucion-de-la-republica-del-salvador-1983.pdf)
- Asamblea Legislativa de la República de El Salvador. “Decreto No. 677: Código de Familia de El Salvador; 11 de octubre, 1993.” Consultado 11 diciembre, 2019. https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_de_Familia_El_Salvador.pdf
- Asamblea Nacional Constituyente de la República de Honduras. “Decreto N° 131: Constitución Política de la República de Honduras; 11 de enero, 1982.” Consultado 11 diciembre, 2019. <http://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Leyes/Documents/ConstitucionRepublicaHonduras.pdf>
- Asamblea Nacional Constituyente de la República de Nicaragua, “Constitución Política de la República de Nicaragua: 19 noviembre, 1986,” *La Gaceta*, no. 05 (09 enero 1987): 1-202.
- Asamblea Nacional de la República de Nicaragua. “No. 870: Código de Familia de la República de Nicaragua; 24 de junio, 2014.” arts. 1-674. Consultado 11 diciembre, 2019. http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_normativa/ley_870-14_codigo_de_familia-nicaragua.pdf
- Asamblea Nacional de la República de Nicaragua. “No. 143: Ley de Alimentos de la República de Nicaragua; 22 de enero, 1992.” arts. 1-29. Consultado 11 diciembre, 2019. [http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/\(\\$All\)/52CF21BC4B462F9F062570A100577C2E?OpenDocument](http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/($All)/52CF21BC4B462F9F062570A100577C2E?OpenDocument)
- Asamblea Nacional de la República de Nicaragua. “No. 623: Ley de Responsabilidad Paterna y Materna de la República de Nicaragua; 17 de mayo, 2007.” arts. 1-33. Consultado 11 diciembre, 2019. http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_normativa/ley_no_623_de_2007-nicaragua.pdf
- Asamblea Nacional de la República de Nicaragua. “No. 287: Código de la Niñez y la Adolescencia de la República de Nicaragua; 12 de mayo, 1998.” arts. 1-234. Consultado 11 diciembre, 2019. https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_de_la_Ninez_y_la_Adolescencia_Nicaragua.pdf
- Benavides Santos, Diego compilador. *Código de Familia: concordado y comentado, con jurisprudencia constitucional y de casación. Con índice alfabético*. San José, Costa Rica: Editorial Juritexto. 2017.
- Benavides Santos, Diego compilador. *Ley de Pensiones Alimentarias: concordado y comentada, con jurisprudencia constitucional y de casación. Con índice alfabético*. San José, Costa Rica: Editorial Juritexto. 2016.
- Buis, Emiliano J. *Ventajas de ratificar la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 2002.

Comisión Coordinadora del Sector de Justicia. *Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia (LEPINA)*. San Salvador, El Salvador: Comisión Coordinadora del Sector Justicia (UTE), 2009. <https://escuela.fgr.gov.sv/wp-content/uploads/Leyes/Leyes-2/LEY-DE-PROTECCION-INTEGRAL-DE-LA-NI%C3%91EZ-Y-ADOLESCENCIA.pdf>

Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado. “38: Convenio de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia.” *Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado*. Consultado 27 julio, 2020. <https://assets.hcch.net/docs/8f94c72c-6bed-4f1e-ba91-b4f7351a3500.pdf>

Congreso Nacional de la República de Honduras. “Decreto No. 73-96: Código de Niñez y la Adolescencia de la República de Honduras; 30 de mayo, 1996.” Consultado 11 diciembre, 2019. https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Ninez_Adolescencia_Honduras.pdf

Congreso Nacional de la República de Honduras. “Decreto No. 76-84: Código de Familia de la República de Honduras; 11 de mayo, 1984.” Consultado 11 diciembre, 2019. https://www.tsc.gob.hn/web/leyes/codigo_de_familia.pdf

Congreso Nacional de la República de Honduras. “Decreto No. 92-2013: Ley Especial para una Maternidad y Paternidad Responsable de la República de Honduras; 05 de noviembre, 2013.” Consultado 11 de diciembre, 2019. <https://www.tsc.gob.hn/web/leyes/Decreto-51-2016-Derogar-Ref-Articulo-Ley-Esp-Maternidad-Paternidad%20Responsable.pdf>

Congreso Nacional de la República de Honduras. “Decreto No. 144-83: Código Penal de la República de Honduras; 26 de septiembre, 1983.” arts. 177-179. Consultado 11 diciembre, 2019. https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Honduras.pdf

Congreso Nacional de la República de Honduras. “Decreto No. 199-2006: Ley de Protección Integral del Adulto Mayor y Jubilado, de la República de Honduras; 15 de enero, 2007.” Consultado 11 diciembre, 2019. <http://www.bvs.hn/Honduras/salud/ley.integral.de.proteccion.al.adulto.mayor.y.jubilados.pdf>

Departamento de Derecho Internacional, DEA. “**Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias Ámbito de Aplicación: 15 de julio, 1989.**” *Departamento de Derecho Internacional, DEA*. Consultado 17 noviembre, 2019. <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-54.html>

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Mariela Morales Antoniazzi y Rogelio Flores Pantoja. *Inclusión, Ius commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana en caso Lagos del Campo y nuevos desafíos*. Querétaro, México: IECEQ, 2018.

González Martín, Nuria. “La Convención de la Haya del 23 de noviembre de 2007 sobre el Cobro Internacional de Alimentos con respecto a los Niños y otras Formas de manutención de la familia.” *Anuario mexicano de derecho internacional*, vol. 9 (2009): 815-825. <http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v9/v9a31.pdf>

Guerrero Valle, Juan Carlos. “Consideraciones en relación con el convenio sobre obtención de alimentos en el extranjero; la Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias y el convenio sobre cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia.” *Revista Perspectiva Jurídica UP*. no. 2 (2018): párr. 1-65. <http://www.edkpublicaciones.com/up/index.php/indice-2/consideraciones-en-relacion-con-el-convenio-sobre-obtencion-de-alimentos-en-el-extranjero-la-convencion-interamericana-sobre-obligaciones-alimentarias-y-el-convenio-sobre-cobro-internacional-de-alimentos-para-ninos-y-otros-miembros-de-la-familia>

Instituto Nacional de las Mujeres. “*Instituto Nacional de las Mujeres Segundo Estado de los derechos de las Mujeres en Costa Rica. Colección Estado de los Derechos de las Mujeres en Costa Rica.*” 1ª ed. San José, Costa Rica: EUNED. 2015.

Jiménez Mata, Alberto. *La ejecución de las resoluciones en la jurisdicción de familia. En Antología didáctica, Ejecución de las resoluciones judiciales del programa FIAJ de la Escuela Judicial*. San José, Costa Rica: EJPI. 2011.

López Arce, Francisco. *Pensiones Alimentarias Ensayos*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental. 2013.

López González, José Alberto compilador. *Código Procesal Civil: con índice temático por artículo y espacio para anotaciones*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro. 2016.

Naciones Unidas de Derechos Humanos. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Naciones Unidas de Derechos Humanos. Nueva York, Estados Unidos, 2015.

Naciones Unidas de Derechos Humanos. Oficina de Alto Comisionado. “Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.” Consultada 20 de noviembre 2019. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>

Organización de los Estados Americanos. “Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32); 7-22 de noviembre, 1969.” *Organización de los Estados Americanos*. (7-22 de noviembre, 1969): 1-24.

Organización de los Estados Americanos. “Departamento de Derecho Internacional (DDI).” *Organización de los Estados Americanos*. Consultado 19 enero, 2020. http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A31_Codigo_Bustamente_firmas.asp

Osorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Consultado el 31 de octubre, 2019. <http://herrerapenaloza.com/images/biblioteca/Diccionario-de-Ciencias-Juridicas-Politicas-y-Sociales---Manuel-Ossorio.pdf>

Parajeles Vindas, Gerardo. *Los Procesos Cobratorios*. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. 2009.

Parajeles Vindas, Gerardo. *Proceso de Ejecución de Sentencia*. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. 2002.

Patronato Nacional de la Infancia, “Publicaciones del PANI,” Patronato Nacional de la Infancia, consultado el 3 de junio 2020, <https://pani.go.cr/publicaciones/2-uncategorised/50-sobre-el-pani>

Perotti, Alejandro Daniel, César Ernesto Salazar Grande y Enrique Napoleón Ulate Chacón. *Derecho y doctrina judicial comunitaria. Corte Centroamericana de Justicia y tribunales supremos nacionales*. 3ª ed. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2019.

Picado Arguedas, Elizabeth. “El apremio corporal como medida de coacción para el cumplimiento alimentario.” *Revista de Familia Colecciones Derecho y Justicia*. Escuela Judicial del Poder Judicial de Costa Rica. 2011.109-120.

Poder Judicial de Costa Rica. “La obligación alimentaria en Costa Rica.” Poder Judicial de Costa Rica. Consultado 20 de noviembre 2019. https://www.poderjudicial.go.cr/observatoriojudicial/vol17/jurisprudencia02_OBLIGACION_ALIMENTARIA_EN_COSTA_RICA.htm

Rodríguez Rescia, Víctor, compilador. *Código de Bustamante: 13 de febrero, 1928: Convención de Derecho Internacional Privado. Declaraciones y Reservas hechas por las Delegaciones y espacios para anotaciones en cada artículo*. San José, Costa Rica: Editorial IISA. 2014.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador. “Demanda de amparo: voto 1184-2002; 10 de diciembre, 2002 09:19 horas.” Referencia SSF2-765- (148)-01/2.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Acción de inconstitucionalidad: voto 01481-2001; 21 de febrero, 2001 15:24 horas.” *Expediente 00-010689-0007-CO*.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Acción de inconstitucionalidad: voto 07517-2001; 01 de agosto, 2001 14:50 horas.” *Expediente 00-009963-0007-CO*.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de hábeas corpus: voto 07900-2004; 21 de julio, 2004 14:30 horas.” *Expediente 04-006380-0007-CO*.

Ulate Chacón, Enrique Napoleón y Gerardo Bonilla Castro, compiladores *Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante)*. 1er edición. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2018.

Ulate Chacón, Enrique. *Del patrimonio constitucional centroamericano al derecho constitucional centroamericano. Estudios de Derecho Comparado*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Compilador Enrique Napoleón Ulate Chacón. 1^{era} ed. San José, Costa Rica: ISOLMA, 2015.

Vargas Chavarría, Eugenio y Diana Vargas Rodríguez compiladores. *Código de Trabajo: Incluye Reforma Procesal Laboral. Con anotaciones sobre acciones de inconstitucionalidad y espacios para anotaciones en cada artículo. Anexos Reglas Prácticas sobre la Reforma Procesal Laboral. Legislación sobre Aguinaldo*. San José, Costa Rica: Editorial IJSA. 2018.

Zúñiga Morales, Ulises compilador. *Código Penal: renumerado, concordado, con anotaciones sobre acciones de inconstitucionalidad, índice alfabético y espacios para anotaciones en cada artículo*. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S. A. 2015.

Zweigert, Konrad y Hein Kötz. *Introducción al derecho comparado*. Traducido por Arturo Aparicio. Distrito Federal, México: Editorial mexicana. 2002.

Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado. “38: Convenio de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia.” *Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado*. Consultado 27 julio, 2020. <https://assets.hcch.net/docs/8f94c72c-6bed-4f1e-ba91-b4f7351a3500.pdf>