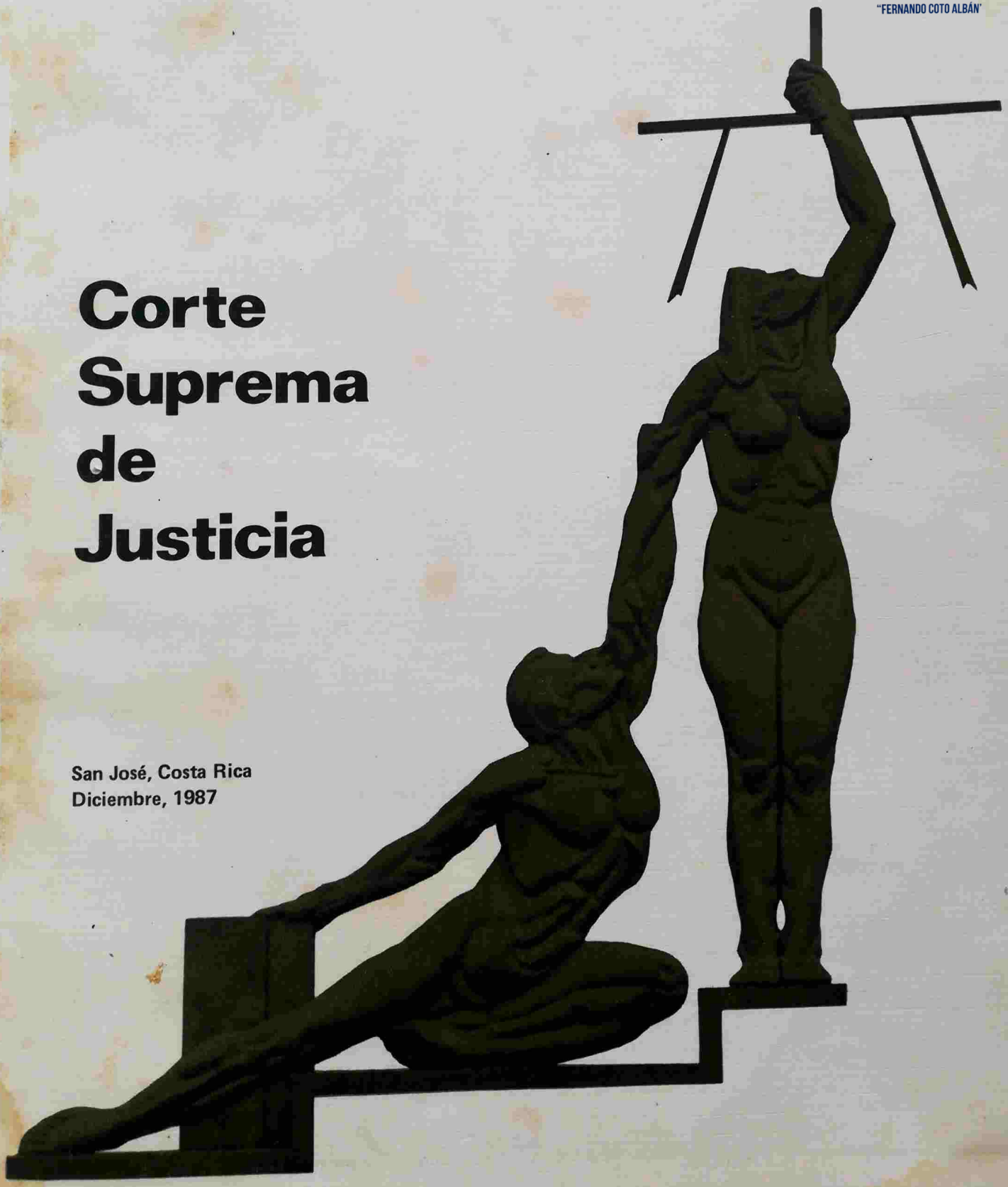
AÑO XII NÚM. 41

REVISTA JUDICIAL

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

Corte Suprema de Justicia



San José, Costa Rica
Diciembre, 1987

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

REVISTA JUDICIAL

Año XI — Núm. 41 — Junio, 1987

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
BIBLIOTECA JUDICIAL
COSTA RICA

Director: Dr. Víctor Pérez Vargas
Revista Judicial
Corte Suprema de Justicia.
San José, Costa Rica.

Distribución y canje:
Biblioteca Judicial
Corte Suprema de Justicia.
San José, Costa Rica.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



SUMARIO

Pág.

Presentación 5

Sección I: Estudios

Perspectivas de reformas al Código Procesal Penal costarricense en la óptica del Dr. Julio B.J. Maier 13
Dr. Daniel González Álvarez
Dr. Luis Paulino Mora Mora
Dr. Mario Houed Vega

La familia y los avances científicos: la inseminación artificial y la fecundación extrauterina . . . 21
Dr. Pedro F. Silva Ruiz

Reflexiones sobre el mercado de valores costarricense (I) La difusión del accionariado 33
Dr. Gastón Certad M.

La Unión Internacional de Telecomunicaciones y la regulación del radio espectro y la órbita geoestacionaria para las telecomunicaciones por satélite 39
Dr. Jorge Rojas Solórzano

Justificaciones para una adecuada protección del medio ambiente. 67
Licda. Roxana Salazar, MPS.

La adopción (una modificación necesaria) 71
Lic. Édgar Cordero Arias

Puntos de conexión entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho Internacional Público 73
Lic. Joaquín Tacsan Chen

El delito informático 79
Lic. Juan Diego Castro Fernández

Servidumbres personales de interés comunitario 85
Br. Fernando Coto Martén

Sección II: La Ciencia al Servicio de la Justicia

La manera de la muerte 91
Dr. Eduardo Vargas Alvarado

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Sección III: Reseña Legislativa Extranjera

La desaparición en el nuevo Código Civil de 1984 97
Dr. Carlos Fernández Sessarego

Sección IV: Reseña Bibliográfica

Asentamientos humanos, urbanismo y vivienda (SILVA-HERZOG, GONZÁLEZ-AVELAR; CORTIÑAS-PELÁEZ) 107
Dr. Ramón Ojeda-Mestre

Sección V: Información normativa 111
Jimmy Vargas Durán

Sección VI: Jurisprudencia 115
Digesto

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

PRESENTACIÓN

La Revista Judicial de la Corte Suprema de Justicia ofrece, en esta ocasión, trabajos de gran actualidad en temas como la tutela ecológica, el delito informático, la regulación del radio espectro y la órbita geoestacionaria, la unidad del Derecho Internacional, las reformas a la adopción, la inseminación artificial y la fecundación extrauterina, cuya sola enunciación revela su novedad y cuyo contenido da pruebas de la capacidad del jurista para afrontar los nuevos retos derivados de los avances tecnológicos, y de las transformaciones sociales, respondiendo a ellos con criterios valorativos y sistematización científica. Junto a estos trabajos salen a la luz importantes propuestas legislativas, tanto en Derecho Privado como en Derecho Procesal Penal.

Aparece en primer lugar, de los **doctores Daniel González Álvarez, Luis Paulino Mora Mora y Mario Houed Vega** (Magistrados de la Corte Suprema de Justicia el primero y el tercero, y Ministro de Justicia el segundo, los tres profesores universitarios), **Perspectivas de reformas al Código Procesal Penal costarricense en la óptica del Dr. Julio B. J. Maier.** Después de diez años de vigencia del nuevo Código de Procedimientos Penales, acumulada la experiencia necesaria, los autores presentan algunas propuestas (separándolas en dos categorías: donde ha habido consenso y donde éste no ha existido), tomando como base las reuniones que, junto con otros distinguidos juristas nacionales tuvieron con el Dr. Julio B.J. Maier. Las opiniones cubren diversos aspectos; entre ellos, el ejercicio de la acción penal por sujetos distintos al Ministerio Público, como la Procuraduría General de la República (la que podría, a juicio del Dr. Maier, ser un acusador adhesivo), el acusador particular (para el que sugiere lo mismo), la Policía Judicial (la cual, según el Dr. Maier, ni la debería tener); se comenta aquí la supresión de la instrucción formal o jurisdiccional y la generalización de la citación directa; se aconseja la eliminación de la fuerza vinculante que tienen para el Juez las solicitudes del agente fiscal; en cuanto a la disyuntiva entre legalidad y oportunidad, el Dr. Maier propone se dé cabida también a la segunda, indicando algunos casos que podrían no justificar la acusación. Sobre la prisión preventiva, el trabajo analiza importantes aspectos, como su duración máxima, el examen de su procedencia en diversos momentos, la interpretación de su límite máximo y la desaparición de las prórrogas extraordinarias. Con relación a la acción civil resarcitoria, los autores se refieren a la necesidad de modificar algunos puntos, tales como el momento de concreción de pretensiones, el papel de las reglas probatorias materiales del proceso civil en el proceso penal, la delegación de la acción civil en el Ministerio Público y lo relativo a la fijación del importe preciso en la condena a la reparación de un daño concreto. Sobre

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

las formalidades de la sentencia nos resumen las opiniones del Dr. Maier en relación con su contenido estructural, el voto salvado y los recursos (apelación, revocatoria, casación). Pasan luego al tema de los juicios para inimputables (que deben tener las garantías del debido proceso) y al de la ejecución de la pena (el que debe jurisdiccionalizarse). Los doctores González, Mora y Houed contribuyen, sin duda, con este trabajo, a orientar las posibles reformas a nuestro Código de Procedimientos Penales.

Iniciamos en este número una serie de interesantes "Reflexiones sobre el mercado de valores costarricense"; esta vez presentamos **La difusión del accionariado.** Su autor, el **Dr. Gastón Certad,** nos explica la generalización del concepto de "inversión" y, seguidamente, nos muestra cómo en casos de déficit fiscal, el Estado interviene ofreciendo una mayor rentabilidad y ventajas adicionales, revela así, el Dr. Certad, la existencia de una asimetría tributaria entre los títulos del Estado y los del resto del sistema. Seguidamente nos expone alternativas de financiamiento utilizadas por los promotores y destaca las ventajas de la reunión de grandes capitales mediante el sistema de la oferta pública, afirmando al mismo tiempo la necesidad de disposiciones para la protección de las minorías societarias. El autor valora positivamente el vivir en una sociedad capitalista moderna a través del accionariado difundido, que denomina "democratización del capital" (cuyo grado de desarrollo incide directamente sobre el desarrollo del mercado bursátil). Hace ver que nuestro mercado posee escasas profundidad y liquidez; considera que la tradición empresarial de tipo familiar (arraigada en nuestro medio), junto a otros factores, ha impedido el desarrollo amplio de la oferta pública de valores. Enfatiza seguidamente el papel del crédito bancario en la consolidación en Costa Rica de la empresa familiar. A la par de estas empresas, el autor sostiene que debe organizarse un régimen adecuado para las sociedades anónimas abiertas y nos proporciona algunas orientaciones para las reformas legales necesarias al efecto. Con relación al Código de Comercio nos sugiere normas de protección para el grupo que tenga el paquete de control en las sociedades anónimas abiertas; además, afirma la necesidad de una ley que regule el mercado de valores costarricense. En sus conclusiones expresa: "se trata, simplemente, de permitir y promover la creación de algunas compañías con accionariado difundido".

El profesor **Dr. Pedro F. Silva Ruiz,** distinguido Catedrático de la Universidad de Puerto Rico, colabora de nuevo con la Revista Judicial; en esta ocasión con el novedoso y analítico estudio, **La familia y los avances científicos: la inseminación artificial y la fecundación extrauterina** que reproducimos complacidos (por su importancia y actualidad) de la Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico (V—VIII—1985). En cumplimiento de las predicciones de Orwell y Zanoni, el ilustre profesor nos habla de la necesidad para el derecho de regular los descubrimientos científicos y afirma que para ello se debe tomar en consideración la dignidad del ser humano, criterio central que compartimos plenamente. Estos descubrimientos plantean innumerables cuestiones jurídicas y el autor nos ofrece algunas soluciones. Después de definir la inseminación artificial, comenta sus diversos supuestos: sobre aquella que se realiza con semen del marido nos brinda algunas consideraciones éticas y jurídicas en torno al status de filiación--paternidad; con relación a la inseminación con semen de un tercero, establece las bases para una discusión sobre temas como las formalidades del consentimiento del marido, las situaciones jurídicas con relación al donante y las formalidades de su renuncia anticipada. Con relación a la que se realiza sin el consentimiento del marido, el autor se pregunta, entre otras cosas si se debe aplicar la presunción de paternidad en los términos tradicionales y si pue-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de plantearse la acción de divorcio. Afronta luego el tema de la confidencialidad de los expedientes y de la culpa médica en estos casos. Con referencia a la inseminación artificial fuera del matrimonio nos da cuenta de la jurisprudencia favorable a su admisión en los Estados Unidos. Con respecto al caso de la llamada "madre sustituta" o suplente, el autor enuncia algunos interrogantes sobre la validez de este contrato y sobre la solución jurídica para los casos de incumplimiento, en el caso de admitirse su validez. Trata también otros temas como la fecundación extrauterina (ectogénesis) y la implantación de embriones. Concluye aseverando que algunos supuestos son cuestionables y que "hay otros aspectos que ameritan legislación especial", la que, además, debe ocuparse de la investigación de embriones, su conservación y su destrucción pues "es, después de todo, vida humana genéticamente perfecta".

El **Dr. Jorge Rojas Solórzano,** gran colaborador de la Revista, participa en esta ocasión con un trabajo de gran actualidad: **La Unión Internacional de Telecomunicaciones y la regulación del radio espectro y la órbita geoestacionaria para las telecomunicaciones por satélite.** Después de explicar con gran claridad las características de la transmisión de la señal de radio, el espectro de frecuencias de radio como recurso natural, su división según la altura de frecuencias y la agrupación de las frecuencias en bandas con características específicas, aclara la operación preferente en muy altas frecuencias de los satélites de comunicaciones y las limitaciones (a pesar de su inagotabilidad práctica) de este recurso, determinantes de la necesidad jurídica de una red de distribución de frecuencias para impedir interferencias y nos ofrece algunas notas históricas sobre la radio, sobre la utilización de ondas radioeléctricas para las telecomunicaciones y sobre su regulación internacional, desde la Unión Telegráfica Internacional hasta la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) en la ONU y el desarrollo de principios específicos para las telecomunicaciones por satélite. Posteriormente expone los objetivos y las competencias de la UIT, lo mismo que su estructura y funciones. Admite que su complejidad es producto de su evolución y de su particular naturaleza técnica; indica entonces los tipos de órganos (permanentes y no permanentes) y su composición. El capítulo segundo se dedica al examen de los principios jurídicos internacionales que regulan el radio espectro y la órbita geoestacionaria. La sección primera se refiere al Comité Internacional de registro de frecuencias y a la formulación de los principios básicos que regulan el radio espectro. Ahí nos explica su estructura, funciones, origen y composición, lo mismo que los principios de no interferencia perjudicial y del reconocimiento internacional de la asignación de frecuencias. La sección segunda comprende los principios específicos que regulan la órbita geoestacionaria y el radio espectro para las telecomunicaciones por satélite. Comenta primero los principios particulares que regulan la órbita espectro radio y el fundamento de la planificación de este recurso. Seguidamente, tomando en cuenta variables como la descolonización, pasa al señalamiento de que la estratificación económica internacional también se refleja en las telecomunicaciones y afirma la necesidad de reivindicar una repartición más equitativa. En sus conclusiones revela los retos de la UIT, asegurando que su papel es importante, pero se limita a una coordinación entre los Estados y no abarca aspectos dispositivos, aunque ha establecido algunos principios basados en la igualdad de derechos entre los Estados miembros de la comunidad internacional.

Justificaciones para una adecuada protección del medio ambiente es otro tema de gran actualidad, en el que colabora la **Licda. Roxana Salazar** (M.P.S. en recursos naturales, Cornell University), quien, entre otros temas, se refiere con sólidos funda-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mentos, al uso de productos químicos en la agricultura, a la necesidad de incluir la dimensión "ambiente", cuando se hable de desarrollo, a los problemas que se presentan en países como el nuestro para determinar el grado de contaminación y al incremento del interés por los temas ambientales en la comunidad internacional; cita en particular la Conferencia de la ONU de Estocolmo (1972) sobre el medio ambiente humano (o sano) y la Declaración que de ahí surgió. Frente a la idea tradicional de la plena soberanía de cada Estado sobre sus recursos coloca las limitaciones y responsabilidades. La Conferencia consideró fundamental la cooperación internacional para prevenir la degradación del planeta y reconoció el concepto de "cosas comunes". En fin, proclamó el derecho de todo ser humano a tener un medio ambiente de calidad y estableció la responsabilidad de protegerlo y mejorarlo para las futuras generaciones; inclusive se habló del "ecocidio" como delito. La licenciada Salazar pregona la necesidad de control sobre los productos químicos. Sostiene que "el desarrollo económico debe lograrse, pero no a expensas de la destrucción del medio ambiente" y ve el Derecho (interno e internacional) como instrumento para la realización de esta idea.

La adopción. Una reforma necesaria es el título del texto que nos brinda el **licenciado Edgar Cordero Arias,** quien reclama con acierto la importancia de que los estudiosos del Derecho Privado estudien más intensamente el tema de la adopción. Indica factores que aconsejan la tutela de la institución (políticos, sentimentales y benéficos) y comenta los sistemas existentes (adopción plena y adopción simple). Denuncia los problemas sociales de esta duplicidad y propone un sistema uniforme. Ubica la adopción como acto institucional y con relación a las formalidades reafirma la importancia de que la valoración del interés que justifica la adopción no depende de la voluntad de las partes.

Puntos de conexión entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho Internacional Público es el aporte del **Lic. Joaquín Tacsan Chen,** especialista en Derecho Internacional, para quien los principios del Derecho Internacional Público tienen ingerencia en la conformación del Derecho Internacional Privado de los diferentes Estados. Después de recordarnos los principios de la costumbre internacional afirmados por la escuela internacionalista, sostiene que es un hecho la existencia de diversos instrumentos normativos internacionales que regulan la materia del Derecho Internacional Privado, por lo que no es del todo exacto, a su juicio, decir que el Derecho Internacional Privado es únicamente interno. Menciona algunos de estos instrumentos, como el Código de Bustamante y otros sobre diversas materias (menores, alimentos, pruebas, letras de cambio, arbitraje comercial, etc.). Nos remite a las ideas de Malaurie sobre las dificultades para la unificación, mostrando que los logros han sido más que nada a nivel regional. "Pareciera que el conflicto de leyes sigue jugando un papel preponderande —expresa— sin que haya podido ni pueda ser nunca sustituido por un Derecho uniforme de aplicación y carácter internacional". A su criterio, los frutos en el Derecho Mercantil Internacional se deben al empuje de la propia práctica comercial. Finalmente muestra cómo se diluye la tradicional separación entre Derecho Público y Derecho Privado, también en el campo del Derecho Internacional.

El delito informático, otro tema de gran vigencia, es tratado por el **Lic. Juan Diego Castro Fernández,** quien estudia el impacto de la computación en lo jurídico. Concretamente, en lo penal, analiza "la computadora" como instrumento para la comisión de acciones ilícitas y destaca también la necesidad de regular con mayor precisión los tipos penales. Nos ofrece algunos conceptos (amplio y restringido) y sistematiza, seguidamente, los elementos (del delito informático): objetivo y subjetivo, lo mismo que sus sujetos, aclarando que el activo reúne condiciones técnicas o profe-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sionales singulares (operadores, programadores, analistas de sistemas, analistas de comunicaciones, etc.). Indica que los bienes jurídicos tutelados son distintos según se hable de delitos contra las personas (por ejemplo en los casos de culpa médica), de delitos contra el honor, contra la intimidad o contra la propiedad. El concepto de criminalidad mediante computadores es seguidamente afrontado y sus modalidades son especificadas. Nos pone al respecto algunos ejemplos del modus operandi de los delincuentes informáticos (datos engañosos, sustracción de activos diversos, uso no autorizado de programas de acceso universal, intervención de líneas de teleproceso, etc.).

El **sociólogo Fernando Coto Martén** participa con **Servidumbres personales de interés comunitario,** brindando un aporte a la celebración del Centenario del Código Civil. La base de su trabajo es la tutela de los intereses de la comunidad. Propone una superación del concepto individualista de servidumbre para pasar a la servidumbre personal en beneficio de la comunidad. Ve en este sentido la servidumbre como instrumento de una ética ecologista. El autor recuerda, en primer lugar, algunos antecedentes legislativos de los principios que sustenta (como las leyes 4884 de 1971, la 833 de 1949 y la núm. 1605 de 1952) y luego señala algunas propiedades sobre las que se podrían constituir servidumbres (de cultivo, ecológicas y recreativas). Responde a las críticas de Biondi considerando que éstas se superan con una perspectiva comunitaria, en la que también se comprendan exenciones tributarias y otros estímulos.

En la Sección "La Ciencia al Servicio de la Justicia" aparece del **Dr. Eduardo Vargas Alvarado,** el trabajo titulado **La manera de la muerte** que trata, entre otros temas, los aspectos médico-legales, el diagnóstico médico-legal y las discordancias médico-jurídicas.

En la Sección "Reseña Legislativa Extranjera" reproducimos del gran jurista peruano, coautor del Código Civil y verdadero autor del Libro de Personas del Perú, **Dr. Carlos Fernández Sessarego, La desaparición en el nuevo Código Civil de 1984.** El autor aclara las distinciones en el nuevo cuerpo legal entre desaparición y ausencia, la primera como un hecho que requiere constatación y la segunda como un concepto jurídico que se elabora a partir del hecho preexistente de la desaparición. Agradecemos al maestro Fernández Sessarego su aporte.

En la Sección "Reseña Bibliográfica", el **Dr. Ramón Ojeda-Mestre,** Catedrático por oposición de Derecho Ambiental en la Universidad Autónoma de México, comenta la obra **Asentamientos humanos, urbanismo y vivienda,** de Jesús Silva-Herzog Flores, Miguel González Avelar y León Cortiñas-Peláez, en la que colaboran también otros reputados juristas como Eduardo García de Enterría y Ramón Martín Mateo. La reseña destaca el carácter especial del aporte de Cortiñas-Peláez.

Como de costumbre, ofrecemos las secciones: Información Normativa y Jurisprudencia.

Víctor Pérez Vargas

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

PERSPECTIVAS DE REFORMAS AL CÓDIGO PROCESAL PENAL COSTARRICENSE EN LA ÓPTICA DEL DOCTOR JULIO B. J. MAIER

DANIEL GONZÁLEZ ÁLVAREZ
LUIS PAULINO MORA MORA
MARIO HOUED VEGA

CONTENIDO

Pág.

1. Introducción 14

2. El ejercicio de la acción penal por sujetos distintos al Ministerio Público 14
   2.1 La Procuraduría General de la República
   2.2 Acusador particular
   2.3 La acción ejercida por la Policía Judicial

3. Solicitudes para el Ministerio Público vinculante para el instructor 15

4. La legalidad y la selección de las causas penales 15

5. Eliminar la instrucción judicial y ampliar la información sumarial 16

6. La prisión preventiva 16
   6.1 Facultades del Ministerio Público para detener provisionalmente al imputado
   6.2 Necesidad de revisar periódicamente la procedencia de la prisión preventiva
   6.3 Los límites a la prisión preventiva y la prórroga extraordinaria

7. Consideraciones sobre la acción civil resarcitoria 17
   7.1 Momento de concretar pretensiones
   7.2 Límites a la actividad probatoria en el aspecto civil
   7.3 Delegación de la acción civil en el Ministerio Público
   7.4 Condenatoria en abstracto

8. Formalidades de la sentencia 18
   8.1 Contenido estructural de la sentencia
   8.2 Voto salvado

9. Recursos 19

10. Juicio para inimputables 19

11. Ejecución de la pena 20

12. A modo de conclusión 20

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

1) INTRODUCCIÓN.

Hace ya una década rige el Código de Procedimientos Penales. El cambio legislativo fue severo si lo comparamos con el antiguo sistema procesal.

Desde su vigencia, muchas voces clamaron por modificar aspectos que no rimaban con la tradición jurídica de la época. Así por ejemplo, acostumbrados a dejarle a la Sala de Casación el pronunciarse sobre la admisibilidad del Recurso de Casación, atemorizaba el pronunciamiento en ese sentido del tribunal de juicio. Sorprendía que el tribunal en pleno debiera notificar el contenido del fallo, si estábamos habituados a que lo hiciera un funcionario auxiliar. Los cambios terminológicos, en fin, el paso a un nuevo sistema procesal generaba una serie de inquietudes y expectativas.

El Código comenzó a regir y debimos someternos a sus disposiciones. Hoy, a diez años de su vigencia, se ha acumulado la suficiente experiencia para evaluar con algún criterio sus resultados.

En esa óptica, la Comisión de Reformas al Código de Procedimientos Penales ha estimado necesario recopilar esa experiencia, con el fin de elaborar una propuesta de modificaciones que permitan ajustarlo en mayor medida a nuestro medio. Para tales efectos se ha considerado también el documento de "Conclusiones y Recomendaciones aprobadas por el Congreso Jurídico Nacional de 1977", la crítica a ese proyecto de reformas, efectuada por Dora María Guzmán Zannetti, Mario Houed Vega, Fernando Cruz Castro, Jesús Francisco Chacón Bravo, Henry Isa el Khoury Jacob y José María Tijerino y las inquietudes y sugerencias que varios colegas nos han hecho llegar.

Nuestras propuestas serán divididas en dos partes. En una primera pensamos incluir las no polémicas, con el fin de que éstas no sean detenidas por la discusión que podrían provocar aquellas en las que no existe criterio uniforme. Dejamos para una segunda parte el pronunciamiento sobre aquellas en las que no ha existido consenso, con el propósito de que sean ampliamente discutidas por los miembros del foro nacional.

Dentro de nuestras tareas y como parte de las actividades programadas por la Corte Suprema de Justicia y la Escuela Judicial para celebrar el décimo aniversario del Código de Procedimientos Penales, nos reunimos durante varias sesiones Magistrados de la Casación Penal, Jueces, representantes del Ministerio Público, de la Defensa Pública y el licenciado Édgar Cervantes Villalta en su calidad de Presidente del Consejo Directivo de la Escuela Judicial, con el Dr. Julio B.J. Maier, con quien sostuvimos un provechoso intercambio de ideas sobre el tema de nuestro interés.

Exponemos un resumen de algunos de los aspectos más relevantes señalados por el Dr. Maier ante varias inquietudes que le fueron planteadas, con el propósito de enriquecer la discusión.

2) EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL POR SUJETOS DISTINTOS AL MINISTERIO PÚBLICO.

2.1. La Procuraduría General de la República: El Dr. Maier opinó que la intervención de la Procuraduría General de la República, autorizada por el artículo 5 del Código de Procedimientos Penales, no es recomendable en la forma adoptada por nuestra legislación. Precisó que si bien resulta conveniente permitir un cierto manejo político del ejercicio de la acción, como ocurre en otros países, lo cierto es que nuestro código sitúa en un mismo plano al Ministerio Público y a la Procuraduría, dejando sin resolver quién tiene la supremacía en cuanto a la promoción y mantenimiento de la acusación, en el caso de existir criterios encontrados entre ellos. Le parece de mayor conveniencia la fórmula adoptada por otros sistemas procesales, en los que se le otorga a un órgano del Estado la posibilidad de constituirse en acusador adhesivo, junto con el Ministerio Público. Agregó que, ante cualquier conflicto que surja, debe prevalecer el criterio de este último, el acusador principal en los delitos de persecución pública. De esa manera se podría permitir a la Procuraduría intervenir en el proceso penal como acusador coadyuvante, junto al Ministerio Público, pero dependiente de la actividad de éste. Incluso, señaló, no debe permitírsele al acusador adhesivo recurrir en casación si el Ministerio Público no lo hace.

El funcionamiento procesal de un acusador adhesivo o, incluso, conjunto, como está previsto actualmente por el art. 5, párr. II, del Código de Procedimientos Penales, exige una muy cuidadosa y compleja reglamentación procesal, que no se observa en el Código y que sería preciso crear, si se decide cualquier sistema de excepción al monopolio acusatorio del Ministerio Público.

2.2. Acusador particular: Para los delitos de acción pública, el Dr. Maier se mostró partidario de permitir que el particular también pueda constituirse en un acusador adhesivo, junto con el Ministerio Público, sin eliminar el monopolio de la promoción de la acción penal, de tal manera que el ciudadano no pueda proseguir autónomamente. Rige, al respecto, la misma prevención anterior.

2.3. La acción ejercida por la Policía Judicial: Se le indicó al Dr. Maier que, con fundamento en

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

el artículo 187 del Código de Procedimientos Penales, la instrucción judicial puede iniciarse con un requerimiento fiscal o bien en virtud de una prevención o información policial (sumario de prevención). Ello significa que la Policía Judicial, encargada de practicar el sumario de prevención puede ejercer la acción penal. Es criterio del Dr. Maier que debe eliminarse esa posibilidad por inconveniente. Toda prevención policial debe ser dirigida, supervisada y valorada por el Ministerio Público, quien procederá por citación directa, en aquellos casos permitidos o promoviendo la instrucción jurisdiccional, cuando sea necesario.

Más allá de ello, el Dr. Maier es partidario de suprimir la instrucción formal o jurisdiccional, procediéndose siempre a investigar el hecho según el método conocido como "citación directa". Ello significa colocar en manos del Ministerio Público y la policía (los órganos de persecución penal) toda la labor de investigación, con el fin de poder preparar su demanda de justicia: acusar y pedir la apertura del juicio público o instar el sobreseimiento. Tal reforma requiere, por una parte, que los jueces controlen el procedimiento preparatorio en manos del Ministerio Público (juez de garantías o, simplemente, juez de instrucción), expidiendo las autorizaciones para llevar a cabo actos que el Ministerio Público no puede decidir por sí mismo (coerción, privación de libertad del imputado, allanamiento, secuestro y apertura de correspondencia, etc.) o llevando a cabo ellos mismos aquellos actos jurisdiccionales exclusivos (anticipo de prueba para el debate, actos definitivos e irreproducibles), y, por la otra, la necesidad de un procedimiento intermedio que controle los dictámenes conclusivos del Ministerio Público: acusación, sobreseimiento, v.gr. prórroga extraordinaria.

3) SOLICITUDES DEL MINISTERIO PÚBLICO VINCULANTES PARA EL INSTRUCTOR.

Respecto de las solicitudes que formula el Agente Fiscal y que son vinculantes para el Juez de Instrucción (prórroga extraordinaria y sobreseimiento en asuntos de competencia del Juez Penal), estimó necesario eliminar esa sujeción y en su lugar, permitirle a un órgano jurisdiccional tomar la decisión en última instancia, pues en ello estriba la naturaleza de la función del juez (ver, inmediatamente antes, lo que se dice acerca del procedimiento intermedio).

4) LA LEGALIDAD Y LA SELECCIÓN DE LAS CAUSAS PENALES.

Ante la disyuntiva: acusar a todos por cualquier hecho en apariencia delictivo (legalidad-obligatoriedad), o bien seleccionar los procesos de tal modo que se acuse sólo a algunos por determinados hechos (oportunidad), el Dr. Maier, en posición parcialmente contraria al tradicional principio de legalidad receptado por la mayoría de los sistemas procesales, se inclinó por dar cabida también a la segunda alternativa. Afirmó que, en principio, debe mantenerse el criterio de legalidad, según el cual los órganos públicos encargados de ello deben perseguir penalmente siempre que haya motivos suficientes para presumir que un sujeto imputable realizó un hecho en apariencia delictivo; pero esta fórmula debe permitir excepciones.

La legalidad, precisó, es la consecuencia procesal de una posición kantiana y hegeliana hoy superada, según la cual a todo hecho punible debe corresponder necesariamente una pena (teorías absolutas sobre la pena). Esa concepción de la sanción penal ha sido hoy abandonada por el Derecho Penal, y, sin embargo, aún el proceso penal mantiene la consecuencia. Agregó que, en todo caso, pese a existir una fórmula jurídica que exige la obligación de ejercer la acción penal en todos esos supuestos, de hecho siempre existe una selección, por lo que no todos los que debieran se enfrentan a un proceso penal. Precisó el doctor Maier que siempre funciona un sistema selectivo en todos los ámbitos, comenzando por los particulares y víctimas, que condiciona la persecución retaceando la información (denuncia; ej.: estafa de seguro), prosiguiendo por el nivel policial, donde es frecuente observar una selección en la que se persigue penalmente, ya general (medios afectados principalmente a la persecución de algunos delitos, con abandono relativo de otros), ya particular (solución informal para algunos delitos), y terminando por el mismo nivel judicial (sobreseimiento en algunos delitos contra el patrimonio por acuerdo reparatorio entre víctima y ofensor). Prácticas como aquellas según las cuales se investigan los hechos punibles sólo cuando superen determinado monto pecuniario son llevadas a cabo por la mayoría de los cuerpos policiales. Por esas razones, agregó lo importante es aceptar la selección, que de hecho existe y controlarla, colocándola en manos de órganos responsables políticamente. De esa manera se podrían dejar de perseguir los casos que no merecen demasiada atención, dejando la justicia de bagatela y sin importancia de lado. Para ello es indispensable, según su opinión, que la ley tase los supuestos en los que podría no ejercerse la acción penal, por decisión del Ministerio Público bajo control jurisdiccional; son los jueces quienes, en última instancia, deben controlar que se obre bajo los supuestos legales. Entre los casos que podrían no justificar la acusación, el Dr. Maier citó los siguientes:

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

a) Cuando el sujeto ha cometido una cantidad considerable de hechos delictivos, de modo que se tomen sólo algunos para acusarlo, preferiblemente aquellos más graves y donde exista mejor prueba, para evitar que la instrucción y el curso del proceso se complique; b) Cuando un extranjero ha cometido delitos menores, como falsificar los documentos de identidad y se solicita su extradición por hechos más graves y ella procede, c) Cuando el hecho ya ha provocado en el autor una pena natural, como ocurre al acusado del homicidio culposo de su propio hijo (accidente de tránsito), o aquel que a consecuencia del hecho quedó mutilado; ch) Para perseguir un hecho de mayor gravedad, como ocurre en muchos casos de extorsión basados en un hecho de menor gravedad; d) Cuando la comunidad, según sus criterios de valoración, no considere delictiva aquella conducta (adecuación social del hecho), como por ejemplo, sucede para aquél que cambia el color de un vehículo sin contar con la debida autorización de la Dirección General de Tránsito (lo que en nuestro medio constituye un hecho punible); e) El arrepentimiento activo en el complot o la conspiración, etc.

Concluyó el Dr. Maier: en algunos de estos supuestos debe dejarse abierta la posibilidad de retomar la acusación si así se considerase necesario. Ello podría ocurrir, por ejemplo, en el caso a), cuando se llegare a absolver al imputado por los hechos que se le atribuyeron, siempre que no estuviere prescrita la acción penal. Lo mismo podría sostenerse en el caso b), cuando el sujeto es puesto a la orden de la autoridad judicial que conozca de la extradición luego de desistirse de acusarlo penalmente en el país, pero la extradición se deniega. En otros casos, replicó, la selección debe calificarse de definitiva sin que pueda ser retomada, como, por ejemplo, el delito leve que provocó una extorsión o un chantaje, aun cuando el autor de la extorsión llegue a ser absuelto.

Es un hecho demostrado empíricamente que no todos los hechos son procesados por la administración judicial y, más aún, que el aparato judicial, por amplio y eficiente que sea, no tiene posibilidad alguna de responder al ideal kantiano, por otra parte, difícil de concebir actualmente como benéfico. Se trata, entonces, de una decisión inteligente la de seleccionar aquellos casos importantes, que no deben quedar marginados del control y decisión judicial, por la insuficiencia crónica que el aparato judicial tiene para responder a ellos.

La reforma en este sentido debe combinarse con instituciones de Derecho Penal como, por ejemplo, la suspensión de la persecución a prueba (probation), la reacción estatal con instrumentos que culturalmente no significan una sanción penal (estigmatizantes) para determinados hechos (diversión); la posibilidad de prescindir de la pena, etc.

5) ELIMINAR LA INSTRUCCIÓN JUDICIAL Y AMPLIAR LA INFORMACIÓN SUMARIA.

La doctrina ha discutido bastante acerca de eliminar uno de los dos sistemas de instrucción (sumarial y judicial), de manera que se fortalezca sólo uno El Dr. Maier se mostró totalmente partidario de potenciar la información sumaria y conferirle mayores atribuciones al Ministerio Público. Según su opinión, en todos los casos debe permitírsele al órgano acusador realizar una información sumarial, como procedimiento preparatorio del juicio, en la cual no se juramente a los testigos, ni se materialice en actas formales. Esa información debe ser levantada en forma verbal, escuchándose a los testigos y con base en esos datos preliminares, pasar el procedimiento a una segunda fase, de carácter intermedio, en la cual se decida si se lleva o no a juicio al imputado. La repetición de los actos a través del procedimiento actual la calificó de innecesaria y la señaló como una de las causas dilatorias de los procesos. Agregó que los testigos, en muchas ocasiones son ampliamente interrogados por la policía, luego por el instructor y finalmente en el juicio.

También, en esta óptica, el Dr. Maier estimó que no existe ningún inconveniente, según el actual sistema, de permitir al agente fiscal que continúe con la información sumarial aún después de vencido el plazo de ésta, de tal modo que se elimine esta causa de conversión de la información sumarial en instrucción judicial. Así también el Ministerio Público se vería compelido a acelerar el trámite de los procedimientos, porque no podría "deshacerse" de la causa por el simple vencimiento del plazo, réplica que en ocasiones formulan los jueces de instrucción, quienes están recargados de trabajo.

Sobre la necesidad del control jurisdiccional de la actividad preparatoria del Ministerio Público, ver *supra* 2.3.

6) LA PRISIÓN PREVENTIVA.

6.1. Facultades del Ministerio Público para detener preventivamente al imputado: En nuestro medio se ha suscitado una polémica respecto de la práctica seguida por los miembros del Ministerio Público de detener preventivamente al imputado, más allá de veinticuatro horas. Algunos consideran que no tiene facultades legales para hacerlo (así CASTILLO BARRANTES, E. ***Ensayos sobre la***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nueva legislación procesal penal, Colegio de Abogados, San José, 1977 pp. 118 y 119); mientras que otros, pese a reconocer que nuestro código procesal sí lo faculta para detener al imputado durante la información sumaria, califican de inconstitucionales las normas que se lo permiten (así HOUED VEGA, M. *El procedimiento denominado de "citación directa",* en Revista Judicial, núm. 16, San José, 1980, pp. 66 ss.). Corte Plena, por una mayoría formada por siete magistrados, declaró sin lugar un recurso de hábeas corpus ejercido contra un "auto de detención" dictado por un agente fiscal en un asunto de citación directa. En minoría, los magistrados CHACÓN, SABORÍO, MORA, GUZMÁN y el suplente ARGÜELLO VILLALOBOS, lo declararon con lugar estimando que la privación de libertad del reo, después de haber sido indagado, en asuntos de citación directa, sólo procede por excepción, cuando se da la circunstancia que apunta el artículo 298 del Código de Procedimientos Penales. (Artículo VI de Sesión Extraordinaria de Corte Plena del 6 de setiembre de 1984). Con base en normas idénticas a nuestro código procesal, el Dr. Maier precisó que en la provincia de Córdoba no se interpreta que el Ministerio Público pueda detener a una persona más allá de cuarenta y ocho horas, sin control jurisdiccional (art. 423). De *lege ferenda,* si se considera necesario prolongar la detención preventiva, el Ministerio Público debe ponerlo inmediatamente a la orden de un juez instructor, quien dará oportunidad al aprehendido para defenderse (declaración del imputado) y examinará la procedencia de esa detención. Agregó que le parece conveniente que el Ministerio Público no deba tener la facultad de detener por más de veinticuatro horas a una persona (regirán todas las reglas de la aprehensión policial o privada), pues ello debe corresponderle únicamente a un órgano jurisdiccional.

6.2. Necesidad de revisar periódicamente la procedencia de la prisión preventiva: De política criminal manifestó el tratadista que deben crearse adecuados mecanismos y las reformas necesarias, para que la procedencia de la prisión preventiva sea examinada en varios momentos y en forma obligatoria por el juez, quien por auto fundado debe justificar en cada uno de esos distintos momentos la necesidad de mantener detenido al imputado. En tal sentido criticó el procedimiento actual, que exige al juez instructor decretar automáticamente la prisión preventiva, puesto que en muchos casos es innecesaria o no se justifica. Por otra parte, en muchas ocasiones llegan a desaparecer los motivos que podrían justificar el decreto de la prisión preventiva, pero no se exige al juez examinar su procedencia en forma obligatoria. A lo sumo, por medio de la excarcelación se pueden atenuar las graves consecuencias de la prisión preventiva obligatoria; sin embargo, estima que deben mejorarse esos mecanismos procesales. Deben existir también límites temporales máximos para el encarcelamiento preventivo.

6.3. Los límites a la prisión preventiva y la prórroga extraordinaria: Con base en el artículo 326 de nuestro Código de Procedimientos Penales, el Dr. Maier informó que en la Provincia de Corrientes, con ley similar, se ha interpretado restrictivamente que el límite máximo de la prisión preventiva es el plazo ordinario de la instrucción y ello se interpretó así, incluso sin dictarse la prórroga extraordinaria. (Sobre este tema informó que hizo un comentario sobre la jurisprudencia en un trabajo suyo denominado *"Un caso interesante del límite del encarcelamiento preventivo",* publicado por la Revista Doctrina Penal).

De política criminal, el Dr. Maier opinó que deben desaparecer las prórrogas ordinarias de la instrucción y en lugar de ello debe establecerse un límite concreto a la prisión preventiva y pedir prórroga sólo para esos efectos. En su criterio el término del encarcelamiento preventivo debe ser de seis meses, prorrogables sólo por seis meses más y excepcionalmente por un año más y tal solicitud de prórroga debe hacerse ante la Corte de Casación Penal. Lo anterior, unido a una exigencia de examinar la prisión preventiva en determinados momentos, puede contribuir en mayor grado a evitar los "presos sin condena", de los que están llenas las prisiones de América Latina. (Véase CARRANZA, Elías: HOUED, Mario; MORA, Luis Paulino; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El preso sin condena en América Latina y el Caribe,* ILANUD, San José, 1983).

7) CONSIDERACIONES SOBRE LA ACCIÓN CIVIL RESARCITORIA.

Ante la discusión que también provoca el haber incorporado al proceso penal la acción civil resarcitoria, el Dr. Maier se mostró totalmente partidario de mantenerla en el proceso penal, pero sí nos señaló como necesario modificar varios aspectos, tales como:

7.1. Momento de concretar pretensiones: Actualmente la parte actora civil concreta sus pretensiones al final del debate, cuando se le concede la palabra durante las conclusiones. Ello se ha traducido en una verdadera indefensión para los demandados civiles y el imputado, quienes hasta

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ese momento ignoraban qué pretende el actor civil. De esa manera se les impide a aquellos prepararse para una defensa y ofrecer la prueba necesaria que respalde su posición en el aspecto pecuniario. Concretar las pretensiones al final del debate es motivo de incertidumbre para la contraparte, porque el actor en muchas ocasiones sorprende con su reclamación. Por esos motivos el Dr. Maier considera imprescindible que se modifique esa situación, de tal manera que se le exija al actor civil fijar sus pretensiones en un momento procesal anterior al juicio, aunque reconoció que aún no encuentra una fórmula que le satisfaga (hay decidido: "concretar detalladamente los daños emergentes del delito, cuya reparación pretende, indicando la reparación deseada, o estimando, cuando sea posible, el importe de la indemnización. La falta de cumplimiento de este precepto se considerará como desistimiento de la acción"). Indicó que no debe trasladarse el problema al momento de la citación a juicio, porque ello podría transformar el objeto de ese acto procesal, de suma importancia para el aspecto penal. Calificó de prematuro exigirle al actor civil concretar sus pretensiones antes de la citación a juicio, de tal manera que esa solución tampoco le satisfizo. Hay decidido: el momento es, precisamente, el procedimiento intermedio (crítica instructoria), inmediatamente después de emitida la acusación.

Le hicimos ver al Dr. Maier que en muchos casos en el escrito inicial de la acción civil el actor fija un monto, estimando así sus pretensiones, pero luego en el debate solicita una suma mayor. Al respecto opinó que debe tomarse como base de la reclamación la suma que finalmente indica en el debate, según las reglas actuales, porque ese es el verdadero momento procesal de concretar la pretensión indemnizatoria en el código vigente (ver *supra).*

7.2. Límites a la actividad probatoria en el aspecto civil: En criterio del Dr. Maier, las reglas probatorias materiales del proceso civil sí rigen en el proceso penal para acreditar todo lo relativo a la indemnización pecuniaria.

Por otra parte, estimó que, no obstante que la instrucción tiene entre sus objetivos determinar la extensión del daño ocasionado con el delito, el juez no debe suplir la inactividad de las partes y por ello no se mostró partidario de la valoración prudencial que el juez realiza cuando no se ha ofrecido prueba para establecer el monto del daño sufrido. El actor civil debe probar el daño sufrido sin que su inactividad pueda ser suplida por el tribunal, de tal manera que el juez no debe probar lo que el actor civil no quiso probar o no probó.

7.3. Delegación de la acción civil en el Ministerio Público: Con un criterio de protección a la víctima, se autorizó a delegar el ejercicio de la acción civil en el Ministerio Público. También se facultó al órgano acusador ejercitar la acción resarcitoria cuando el ofendido sea incapaz de hacer valer sus derechos y no tenga quien lo represente. Sin embargo, estimó el Dr. Maier, la experiencia ha demostrado que esa no es precisamente una labor idónea para el Ministerio Público, porque no es un acusador a todo trance y resulta contradictorio que deba mantener la acción civil cuando haya solicitado un sobreseimiento o la absolutoria del imputado; por lo que es indispensable eliminar esa delegación y reemplazar el órgano delegado, a su juicio, el Defensor público o Asesor oficial.

7.4. Condenatoria en abstracto: La condena civil en abstracto provocó una discusión en la jurisprudencia patria. (Recordemos el criterio de la Sala Primera Penal en su resolución de 16 hrs. 4 de mayo de 1978; el de la Sala Segunda Penal, en resolución núm. 48—F de 14:30 hrs. de 7 de setiembre de 1978; de la antigua Sala de Casación Penal, hoy Sala Primera, en su resolución núm. 227 de 16 hrs. de 19 de setiembre de 1979; de la antigua Sala Superior de la Corte Suprema de Justicia, en resolución núm. 11 de 10 hrs. de 4 de julio de 1980, y de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en resolución número 19—F de las 10:35 hrs. del 24 de abril de 1981). Sin pronunciarse en esa polémica, el Dr. Maier opinó que podría admitirse la condenatoria civil en abstracto cuando hubiere convenio entre las partes, dejando para la ejecución civil la específica demostración del monto del resarcimiento. Ello tomando en cuenta que se trata de aspectos netamente pecuniarios, en los que es admisible la transacción. Valga la pena aclarar que no se trata de una condena a reparar abstracta, como aquí se la llama, sino tan sólo de una condena a reparar un daño concreto sin fijación de importe preciso.

8) FORMALIDADES DE LA SENTENCIA.

8.1. Contenido estructural de la sentencia: Según el Dr. Maier, la sentencia debe contener seis partes, algunas de ellas no necesarias (como la relativa a la acción civil cuando no se ejerce, o a la graduación de la pena cuando se absuelve). Las partes son las siguientes:

I. **Introducción:**

1) Encabezamiento: donde consta quiénes son los imputados y lo demás que exige el Código Procesal, como el nombre de las partes, de los jueces, etc.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

2) Resultando:
   a) En qué consiste la acusación.
   b) Resumen de las pretensiones civiles.
   c) Posición del imputado en su declaración.

II. Hecho probado: razonamiento sobre la prueba, para concluir sintéticamente indicando cuál es el hecho que el tribunal tiene como acreditado.

III. Conclusión jurídica: En esta parte el tribunal expone los razonamientos jurídicos sobre el hecho, indicando cuál es su significación jurídica. Se incluyen todas las apreciaciones de derecho y se concluye por la condenatoria o la absolución.

IV. Graduación de la pena.

V. Apreciaciones sobre la acción civil resarcitoria.

VI. Parte dispositiva.

8.2. Voto salvado: Le informamos al Dr. Maier el criterio de la Sala de Casación Penal, según el cual el juez que salva su voto debe continuar votando con la mayoría sobre los diferentes extremos aún no resueltos. En primer término se mostró partidario de no establecer reglas para la deliberación. En su criterio es suficiente con disponer en el código: "El Tribunal resolverá por unanimidad o por mayoría de votos" y punto. No debe reglarse cómo llegar a la decisión por innecesario. En nuestro sistema, afirmó el Dr. Maier, pareciera que tiene razón la Sala de Casación al afirmar que el voto es *escalonado* de modo que aún cuando uno de los integrantes del tribunal salve el voto, debe continuar votando con la mayoría porque a ello lo obliga el Código de Procedimientos Penales. De política criminal opinó, sin embargo, que no estaba de acuerdo con tal sistema, pero sí en obligar a quien salva el voto a concurrir a votar sobre la pena, aún cuando su criterio fuere el de absolver, ya que su no participación podría perjudicar el necesario balance en la decisión.

Básicamente, existen dos sistemas para deliberar y votar: el escalonado, consistente en fijar las diferentes cuestiones (existencia del hecho, participación del imputado, calificación, etc.) y deliberar y votar separadamente cada una de ellas obligando la mayoría a la minoría, según el resultado de cada votación particular sobre cada una de las cuestiones; el total, consistente en admitir que, quien arribe a la absolución por cualquier motivo no siga votando y la sentencia condenatoria sólo sea posible si se conserva la mayoría sobre todos los presupuestos de la condena.

9) RECURSOS.

En criterio del Dr. Maier debe eliminarse la obligación de presentarse ante el superior a mantener el recurso de apelación, pues la parte ya ha mostrado interés al impugnar la resolución y si deseara desistir debería pedírsele que lo haga en forma expresa. La fórmula actual la calificó de innecesaria, pues los procedimientos deben simplificarse.

También se mostró del criterio de admitir el recurso de revocatoria sin necesidad de oír a las partes, resolviendo sin sustanciación, de tal modo que podría eliminarse la audiencia que se confiere después de interponer el recurso de revocatoria.

Respecto de quiénes deben conocer el recurso de apelación, el Dr. Maier precisó la importancia de no permitir que los Tribunales de Juicio conozcan también de las apelaciones, en virtud de los inconvenientes que esa fórmula conlleva. Sería deseable que no se creara específicamente un tribunal de apelación, sino que se rotara en esa función, impidiendo, eso sí, que el juez que tomó parte en la decisión del recurso de apelación, interviniera en el debate y la sentencia (causa de apartamiento).

Con el Código de Procedimientos Penales se varió la tradición procesal que se mantenía en Costa Rica respecto de la autoridad que debe admitir el recurso de casación. En todas las materias siempre el recurso se formula ante la Sala de Casación, órgano jurisdiccional encargado de admitirlo para su trámite o rechazarlo ad portas. El Código Procesal Penal trasladó ese deber al tribunal que dictó la sentencia, sin embargo, el Dr. Maier se mostró partidario de la solución que tradicionalmente se acogía en Costa Rica. Después de la experiencia costarricense, en su proyecto para la justicia nacional argentina, ha optado por un sistema distinto: el recurso se plantea ante el tribunal que dictó la resolución impugnada. Si lo admite, él remite directamente las actuaciones al tribunal de casación; si no lo admite, el recurrente puede reponer (revocatoria) la decisión, "limitándose a criticar el fundamento por el cual se rechaza el recurso, resolviendo el tribunal sin sustanciación". Si el tribunal vuelve a rechazar el recurso, eleva directamente al tribunal de casación, quien decide definitivamente.

10) JUICIO PARA INIMPUTABLES.

Expresó también la necesidad, mientras se mantenga el sistema de medidas de seguridad contra inimputables, regular un juicio para imponer las medidas de seguridad y corrección, cuando sólo proceda esta forma de reacción penal, pues no corresponda, al mismo tiempo, reaccionar con una pena.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Tal juicio debe respetar todas las garantías del debido proceso que se regulan para imponer una pena.

11) EJECUCIÓN DE LA PENA.

Según la tendencia moderna, el Dr. Maier se inclinó también por la necesidad de jurisdiccionalizar la ejecución de la sanción penal. En su criterio, el Ministerio Público debe ser el funcionario a quien debe corresponder la ejecución de la pena privativa de libertad, como representante del Estado que hace valer los intereses públicos de la actividad represiva. Esa función debe realizarla ante un Juez de Ejecución de la Pena, contralor de la legalidad de la ejecución (derechos del recluso y normas jurídicos a la base de la potestad punitiva del Estado). Ello demandaría una modificación radical de los actuales sistemas de ejecución, en los que debe integrarse también el defensor que asistió al imputado hasta la sentencia.

12) A MODO DE CONCLUSIÓN.

Las anteriores constituyen ideas que pueden orientar el trabajo de la comisión recopiladora y redactora de las posibles reformas que podrían introducirse a nuestro Código Procesal Penal. Esperamos susciten polémica porque de su seno siempre se obtiene un provechoso fruto.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA FAMILIA Y LOS AVANCES CIENTÍFICOS: LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y LA FECUNDACIÓN EXTRAUTERINA

PEDRO F. SILVA RUIZ**

DEFINICIÓN DEL TEMA Y CONSIDERACIONES INICIALES.

1. Casi está por concluir el año de 1984. Ese mismo *1984* fue el nombre que George Orwell (seudónimo de Eric Blair) dio a la novela que tanta resonancia ha tenido por las agudas observaciones que hace, y los serios problemas que plantea, dignos de meditarse con algún detenimiento. Allá para la década de los años cuarenta escribía:[1]

> . . .Había incluso organizaciones. . . que defendía(n) la soltería absoluta para ambos sexos. Los niños debían ser engendrados por inseminación artificial *(semart,* como se le llama en neolengua) y educados en instituciones públicas. . .

2. En 1978 un notable jurista argentino, Zanoni, advertía:

> Piénsese, si se quieren aventurar hipótesis. . . en los bancos de óvulos que, juntamente con los bancos de esperma permitirían, en el futuro, la selección eugenésica teniendo en cuenta las características genéticas que contiene. Piénsese en los "vientres mercenarios" que estarán dispuestos a ofrecerse para la gestación del embrión ajeno. Piénsese en los hijos de padres y madres desconocidos, obtenidos mediante la adecuada selección de óvulos y espermatozoides de dadores anónimos que han comercializado con ellos. . . .debemos condenar enérgicamente —y dotar a la sociedad de los medios legales y represivos eficaces— todo intento de utilizar los conocimientos de la genética, fuere en el ámbito de la experimentación como en el de sus resultados, para contrariar la naturaleza ética de la procreación humana. Pero, simultáneamente, deberían reglamentarse minuciosamente las condiciones en que es factible la fecundación extrauterina. . .[2]

3. El tema que vamos a tratar —la familia y los avances científicos— lo delimitamos, en atención a lo ya dicho, al examen de la inseminación artificial y de la fecundación extrauterina, de seres humanos, por supuesto, en su doble aspecto ético y jurídico, pues el derecho debe aceptar y regular aquellos descubrimientos científicos que se muestren conforme a la naturaleza y dignidad del hombre.

> Los avances científicos y sus por momentos espectaculares logros, pueden llegar a conmover los cimientos mismos de los principios seculares del derecho.
>
> Buena prueba de ello nos da el tema de la inseminación artificial en seres humanos. Tanto ésta como la fecundación humana extrauterina replantean aspectos jurídicos y éticos comunes y encierran una problemática afín: su inciden-

---

* *Ponencia preparada para la Conferencia Judicial de Puerto Rico, San Juan, P.R. 13 y 14 de diciembre de 1984. El autor revisó, en diciembre de 1984, el texto para su publicación.*

** *Catedrático de Derecho, Universidad de Puerto Rico.*

1. George Orwell, 1984 (Ediciones Destinolibro, séptima edición, junio 1984), página 72.

2. Eduardo A. Zanoni, *Inseminación artificial y fecundación extrauterina (Proyecciones jurídicas).* Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978, páginas 99-100. El pensamiento y las reflexiones de este autor ha orientado el nuestro.
En Puerto Rico, puede consultarse el trabajo de Aurea Violeta Guzmán, *La inseminación artificial: ¿materia de conciencia o de derecho?* XIV Rev. Jur. UIA 67-82 (1979). Igualmente pueden examinarse las siguientes tres disertaciones para el grado de Bachiller en Derecho, no publicadas, sometidas a la facultad de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico: (1) Carmen Otero Ferreras, *Impacto legal de la inseminación artificial. Enfoque general y en específico a la legislación puertorriqueña,* diciembre 1964, 54 páginas; (2) Miguel Otero Chaves, *¿Debe el derecho positivo puertorriqueño reglamentar la inseminación artificial en seres humanos?* mayo 1966, 53 páginas y (3) Luis Carbone, *Aspectos médico-legales de la fecundación artificial humana,* mayo 1968, 41 páginas.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cia ante carencias naturales que impiden a hombre y mujer, en circunstancias concretas, lograr la procreación de un hijo mediante la cópula normal.[3]

. . .Lo fundamental —escribe también el mismo autor— es prefigurar, lo más certeramente que sea posible, los límites éticos de las aplicaciones que de la investigación biológica y genética hace el hombre.

Difícil tarea por cierto. Porque, a no dudarlo, esos límites éticos solo podemos formularlos en cada época a partir de lo óntico: el mundo que vivimos, dicho simplemente. Lo arduo es lograr el acceso al fundamento ontológico de lo ético que descubra de lo cotidiano, lo "positivo", el sentido de una intuición ética estimativa que nos proporcione el valor y el desvalor de las cosas.

Y después ha de venir el planteo del jurista. Es claro que su toma de posición dependerá de sus propias convicciones y su sentido de lo justo. No podrá empero negar que el derecho presupone no sólo lo científico sino también lo ético. Y esto no significa combatir el progreso científico y técnico; significa que el orden científico, más allá. . . de su relativismo, está subordinado a un orden superior en que las categorías axiológicas, valorativas señalan límites. . .[4]

4. Estos avances científicos, en la biología, la genética y la embriología irrumpen en el derecho de familia y plantean innumerables cuestiones jurídicas. En este trabajo se intenta ofrecer soluciones, cuando es posible, para dichas cuestiones, interpretando el ordenamiento vigente que rige el derecho de familia, y que aparece recogido en el Código Civil.[5] Sin embargo, conviene significar desde ahora:

> The lesson to be derived from the artificial insemination litigation is the awareness of the potential inequity which could result from ad hoc judicial determinations of the legal status of the parties to the artificial reproductive process. Thus, there is a threshold need for the states which have not already done so to enact legislation defining this status. Since the law has historically defined parentage in terms of blood relationships, except where specific statutory authorization has provided otherwise, as in adoption, it is necessary for the states to affirmatively create the legal parent/child relationship as to one or both parents in the artificial reproduction context. All states should establish regulations for determining the legitimacy of the artificially conceived child and the attendant issues of intestate succession, custody, visitation rights, and the right to support. In addition, the rights and duties of the husband, wife and donor should be spelled out. In particular, states should define consent of the husband more clearly, to take into account circumstances involving actual consent, failure to object, lack of knowledge, or actual affirmative objection to the procedure.
>
> The donor/offspring relationship, founded solely on biology, should be expressly severed. Further, any relationship governing gestation of an embryo by a hostess mother should be regulated with a legislative determination of the rights and duties of the contracting parties regarding. . . liability for a defective child, and such eventualities as a subsequent change of mind on the part of either party. In addition, local governments should undertake increased control over sperm banks in terms of physical and genetic screening of potential donors. This screening is currently left to the individual medical practitioner performing the procedure and is protentially subject to serious abuse.
>
> These suggestions form only a de minimus level of government regulation of artificial insemination and embryo transfer. As other reproductive techniques become feasible, laws assuring their relatively safe usage and fixing the legal status of the parties involved must be formulated.[6]

5. Consciente de las repercusiones éticas y jurídicas de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina, el gobierno inglés designó un

---

3. **Zanoni, trabajo citado, página 28.**

4. ***Ibídem*, páginas 26-27.**

5. **Sobre el vigente derecho de familia en Puerto Rico, incluyendo una definición operacional o funcional de ese grupo, véase mi trabajo, *El derecho de familia en Puerto Rico y la revisión del Código Civil*, 52 Rev. Jur. UPR 331-342 (1983).**
Debe advertirse que las serias y trascendentales cuestiones y planteamientos constitucionales no son estudiadas en este trabajo. "The issue presented by artificial reproduction, therefore, is not whether the state can regulate the citizen's use of this technology but how much power the state should exercise over individual reproductive choices", sostiene Sharon M. Steeves, Comment: *Artificial Human Reproduction: Legal Problems Presented by the Test Tube Baby*. 28 Emory L. J. 1045, 1052-1064 (1979). Además puede verse, John A. Robertson, *Procreative Liberty and the Control of Conception, Pregnancy, and Childbirth. 69 Virginia Law* Review 405 ss. (1983).

6. **Steeves, citado, páginas 1077-1078. "Therefore, without specific legislation, the courts have had to apply general legal principles of the past. . . to . . .factual situations totally outside the imagination at the time such principles came into being". *Ibídem*, página 1065.**
"Many of the legal questions associated with artificial insemination could be alleviated by carefully drafted legislation. Two major difficulties presently exists. First, only twenty-one states have any legislation dealing with artificial insemination donor. Second, even where it exists, the legislation often does not go far enough, leaving many legal queries to baffle future courts". Kathryn Venturatos Lorio, *Alternative Means of Reproduction: Virgin Territory for Legislation* Louisiana L. Rev. 1645 (1984) (citas omitidas).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

comité para que las estudiase. En julio de 1984 se publicó, en Inglaterra, el *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology,* popularmente conocido como Informe Warnock.[7] Entre otras muchas recomendaciones importantes, valga en este momento la referencia aunque sea tan solo a aquella que provocó opinión conflictiva y disidente en el grupo de estudio presidido por la doctora Warnock. Es la siguiente:

> We recommend that it be provided by statute that all surrogacy agreements are illegal contracts and therefore unenforceable in the courts.[8]

6. Tan recientemente como el 29 de noviembre de 1984, desde El Vaticano, el Director del Instituto Pontificio de Estudios sobre el Matrimonio y la Familia, señalaba:[9]

> [El] . . .énfasis en el argumento básico de Juan Pablo —que el componente "procreativo" del acto sexual no se puede separar del componente de "la unión"— significa que los nuevos avances de la medicina, tales como la fertilización "in vitro" y la fecundación artificial, eran inmorales. Recurrir a la fertilización "in vitro" no es moralmente lícito. . . Sólo el acto conyugal expresado a través del amor de la pareja es el que debe dar la vida.

La inseminación artificial y sus proyecciones ético-jurídicas.

7. La inseminación artificial: definición.

Zanoni lo define como un método: que salva los obstáculos orgánicos o funcionales que impiden la fecundación mediante la cópula o coito normal entre marido y mujer. En muchos casos la pareja es infecunda debido a causas que atañen exclusivamente a la mujer, sin ser ésta estéril. . . No superándose estos trastornos mediante tratamiento terapéutico puede recurrirse a la inseminación artificial con semen del marido.

Pero puede ocurrir que frente a la esterilidad del marido. . . la pareja decidiese recurrir a la inseminación artificial utilizando el esperma fértil de un tercero. En ese caso la inseminación no es solo una técnica o método para permitir la fecundación genéticamente conyugal, sino que, además *aporta un componente genético ausente en la pareja para fecundar.* En otras palabras, en el primer caso planteado (inseminación homóloga, con semen del marido) los componentes genéticos —óvulo y espermatozoide fértil— existen en el marido y la mujer: la inseminación artificial solo —permítasenos la expresión— facilita su encuentro apto para lograr la fecundación. En el segundo caso, uno de los componentes genéticos de la fecundación —esperma fértil— está ausente, falta. La inseminación lo aporta, lo introduce "desde fuera" (inseminación heteróloga).

Ahora bien, tanto la inseminación artificial homóloga como la heteróloga participan de un carácter común: la fecundación se obtiene sin cópula o coito. El semen es inoculado mediante jeringas o catéteres y depositado en el cuello vaginal o en las cercanías del óvulo femenino. . .[10]

8. La inseminación artificial homóloga (con semen del marido) (IAH) dentro del matrimonio: consideraciones éticas[11].

La IAH puede ser cuestionada aludiendo que:

> En el matrimonio las funciones orgánico-sexuales son inseparables. Por tal razón, la lici-

---

7. Publicado por Her Majesty's Stationery Office, Londres, Cmnd. 9314, 103 páginas (desde aquí se cita como *Informe Warnock)* El Parlamento inglés se encuentra considerando el mismo, conforme informa el periódico *El Nuevo Día* "No a la probeta en Inglaterra", 25 de noviembre de 1984, página 64.

8. *Informe Warnock*, páginas 47, 86; opinión disidente, páginas 87-89.

9. "Juan Pablo II insiste sexo es para procrear" en el periódico *El mundo*, jueves, 29 de noviembre de 1984, página 12-BB.

10. Zanoni, citado, páginas 43-44. Véase, además Jeffrey M. Shaman, *Legal Issues of Artificial Insemination.* 18 Journal of Family Law 331-333 (1979-80): "AIH [Artificial Insemination Husband], is artificial insemination using the semen of the husband of the woman who is being inseminated. For AID [Artificial Insemination Donor], the semen of an unrelated donor is used. For AIC [Artificial Insemination Confused] which means confused or combined artificial insemination, the semen of a donor and the husband are mixed together. AIC is sometime used to provide the husband with some hope that he is the natural father of the child that is conceived by the procedure. . .
"A [Artificial Insemination] is a relatively simple medical procedure that consists of inserting s syringe into the vagina and squirting semen toward the uterine opening. It is so simple, in fact, that woman have performed it upon themselves and it has even been suggested that home insemination kit will soon become available as over-the-counter consumer products", (citas y notas omitidas).

11. Véase la anterior nota 5. Las consideraciones que se formulan aquí conllevan necesariamente un replanteo de relevantes decisiones judiciales, amparadas en preceptos constitucionales, que no pretendemos hacer en este momento. Para algunas reflexiones sobre la familia, el derecho de familia y la ética o la moral, véase Luis Díez-Picazo, *Familia y Derecho,* en Protección Jurídica de la Familia (Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, Madrid, 1982), páginas 3-44; a título de ejemplo: ". . .algunos pensadores han propuesto lo que se podría denominar la teoría del mínimum ético: el Derecho de familia sería según esto aquél mínimum ético necesario para el desarrollo de la convivencia familiar. . . .A mí personalmente esta idea me suscita graves dudas. . . Para los que piensan que el Derecho es una parte de la moral, es claro que la llamada teoría del mínimum ético será aceptable. Para los que pensamos de otra manera, las dudas subsisten. . ." *Ibídem*, páginas 12-13.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tud-ética de la reproducción humana está condicionada a que se logre mediante la *cópula perfecta.* Lo contrario importaría una violación sui géneris de la ley natural.

Este pensamiento. . . ha sido particularmente aludido en la ética católica. ". . .Es superfluo observar —decía el Papa Pío XII en su siempre recordado discurso a los médicos católicos en ocasión del congreso internacional de 1949— que el elemento activo [de la fecundación] no puede ser jamás procreado lícitamente por *actos contra la naturaleza".* Y más explícitamente lo repetía en el discurso a las obstetras de 1951: ". . .el acto conyugal en su estructura natural, es una acción personal, una cooperación simultánea e inmediata de los cónyuges. . ., mucho más que la unión de dos gérmenes que pueden también efectuarse artificialmente, es decir, sin la acción natural de los cónyuges. El acto conyugal ordenado y querido por la naturaleza, es una cooperación personal a la que los esposos, al contraer matrimonio, se otorgan mutuamente el derecho.

Es decir, que se condena el *medio empleado* porque el matrimonio "no tiene por objeto* la descendencia, sino los actos naturales que son capaces de engendrar una nueva vida y destinados a ella. . . La fecundación artificial** viola la ley natural y es contraria al derecho y la moral". Pero, paralelamente, se acepta lo que se ha dado en llamar la *inseminación complementaria* que es "una ayuda para la consecución del fin de la procreación por el *medio natural".* En otras palabras, lo reprobable éticamente desde la perspectiva que analizamos sería el medio por el cual se logra la inseminación que exige la obtención del semen del marido por medios antinaturales como la masturbación, por ejemplo. Pero si el semen se obtiene de la vagina tras un coito normal entre marido y mujer sería aceptable el procedimiento que complemente el acto conyugal para lograr la fecundación.[12]

9. La inseminación artificial homóloga (con semen del marido) (IAH) dentro del matrimonio: consideraciones jurídicas en torno al status de filiación-paternidad.[13]

Al hijo así concebido será de aplicación, según el caso sea, lo dispuesto por los artículos 113, 114 y 115 del Código Civil, 31 LPRA 461-463 (filiación "legítima" —propia o impropia— o matrimonial).[14] En este supuesto coinciden el fundamento biológico y el institucional de la procreación. Dice Zanoni que "(E)l derecho de filiación matrimonial asienta en dos pilares fundamentales. Uno, de naturaleza biológica: el hijo es legítimo porque fue concebido por marido y mujer. El otro, de naturaleza institucional: el hijo es legítimo porque fue concebido durante el matrimonio. El primer fundamento implica una exigencia genética, el segundo una exigencia institucional".[15]

Una interesante hipótesis a considerar es la de la posibilidad de la concepción de un hijo, mediante inseminación homóloga, que sea practicada después del fallecimiento del marido.[16] El artículo 115 del Código Civil, 31 LPRA 463, podría ofrecernos una solución en relación con la "legitimidad" del hijo. Sería considerado hijo y, por consiguiente heredero de su padre. La viuda podría alegar, y probar, que el hijo fue concebido con semen del

---

* Advierte al autor citado en notas explicativas al texto que citamos: "En la doctrina canónica debe distinguirse el *objeto* del *fin* del matrimonio. El objeto alude al contrato matrimonial, y, en cuanto a la materia que nos ocupa, dicho objeto es la prestación de la cópula ordenada a la generación. El *fin* de la prestación es la procreación, y, consecuentemente, la educación de los hijos. Por eso, el matrimonio se anula por impotencia y no por esterilidad. La impotencia afecta el *objeto* del contrato, la esterilidad impide el fin cuyo logro, en definitiva, cae fuera de la voluntad de las partes. . . .'el fin es la prole; el objeto inmediato del contrato (matrimonial) es el coito mediante actos por sí aptos para la generación de la prole' ". (Citas omitidas).

** Explica el autor que citamos: En realidad no es correcto aludir a la *fecundación artificial* en el caso, "porque lo que es artificial es la *inseminación,* o sea, la colocación o inoculación del semen en el seno materno. La fecundación, en cambio, es completamente natural". (Citas omitidas).

12. Zanoni, citado, páginas 45-47 (citas omitidas; énfasis en el original).

13. Digo filiación-paternidad o paternidad-filiación, porque, como es sabido, ". . .La Constitución de 25 de julio de 1952 y la "Ley para establecer la igualdad de derechos de los hijos" que es la núm. 17 de 20 de agosto, 1952 [31 LPRA 441] abolieron toda diferencia conceptual entre filiación y paternidad. *Ocasio* v. *Díaz,* 88 DPR 676 (1963). . ." *Poll Sella* v. *Lugo Chistian,* 107 DPR 540, 547 (1978).

14. Artículo 113 del Código Civil, 31 LPRA 461:
"Son hijos legítimos los nacidos después de 180 días siguientes al de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días siguientes a su disolución.
"Contra esta legitimidad no se admitirá otra prueba que la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que hubiesen precedido al nacimiento del hijo".
Artículo 114 del Código Civil, 31 LPRA 462: "Igualmente es legítimo el hijo nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, si el marido no impugnare su legitimidad".
Artículo 115 del Código Civil, 31 LPRA 463: "Podrá impugnarse la legitimidad del hijo nacido después de los 300 días siguientes de la disolución del matrimonio; pero el hijo y su madre tendrán también derecho para justificar en este caso la paternidad del marido".

15. Zanoni, citado, página 39.

16. "Mujer pide la fertilicen con esperma de difunto", en el periódico *El Mundo,* 29 de junio de 1984, página 9-B". "Vida en su esposo muerto", en el periódico *El Día,* 29 de junio de 1984, página 44.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

marido obtenido antes de su fallecimiento; esto es, el marido aceptó expresamente la conservación de su esperma con el propósito de engendrar un hijo con su mujer, y que la concepción se produjo con dicho esperma.

Pero debe considerarse igualmente que:

> Es digno de destacar que el supuesto suscita reflexiones que interesan planteos ético-ontológicos inquietantes. Adviértase que la posibilidad que analizamos permite, mediante la conservación del semen, prolongar el poder de reproducción de un ser aunque éste haya muerto. La moderna biología, en suma, logra que los seres humanos. . . puedan transmitir la vida después de su propia muerte física. Ontológicamente el hijo ha sido concebido cuando el dador del semen ya había dejado de existir, de *ser.* Podría afirmarse, entonces que ese semen no es atribuible a persona alguna al momento en que la inseminación se realiza y la fecundación se logra. Desde esta perspectiva el hijo podría, a lo sumo, decir que fue engendrado *con* semen conservado de su padre, pero no *por* su padre. Y ello conduciría a concluir que ese hijo no tiene *padre*. ¿Por qué no afirmar que la moderna biología permite que la individualidad genética del ser vivo, del hombre en nuestro caso, trascienda su muerte física y que en tanto esa individualidad se mantenga en potencia, mediante la conservación de su semen fecundante, el ser a quien pertenecía *no ha muerto* definitivamente?
>
> Advertimos, no obstante, que para el derecho positivo, la muerte física del sujeto implica el fin de su personalidad. Y así, por ejemplo, el hijo concebido *post mortem* con semen de su padre, no adquirirá por vía hereditaria ningún derecho derivado de la trasmisión sucesoria. Porque, al día de su fallecimiento ese hijo *no existía jurídicamente.*[17]

10. Inseminación artificial heteróloga (con semen del donante) (IAD) durante el matrimonio: consideraciones éticas.[18]

> . . .(A)nte la esterilidad del marido, los cónyuges recurren al expediente de utilizar para la inseminación el semen de un tercero "donante". . . .entonces intervienen en la fecundación componentes genéticos extraños a marido y mujer, lo que no ocurre en la inseminación homóloga.
>
> En el supuesto el cuestionamiento ético radica en que los esposos, por un acto de voluntad, aceptan que intervengan en la fecundación el elemento activo de un tercero y éste, el tercero, cede ese elemento que le ha sido dado por naturaleza para procrear sin hacerse personalmente responsable del nuevo ser que contribuye a crear. Decía Pío XII: "A todo aquel que da la vida a un pequeño ser, la naturaleza le impone, en virtud misma de este lazo, la carga de su conservación y educación. Pero entre el esposo legítimo y el niño fruto del elemento activo de un tercero (aunque el esposo hubiera consentido) no existe ningún lazo de origen, ninguna ligadura moral y jurídica de procreación conyugal.
>
> A lo cual deben añadirse otras consideraciones. . . el procedimiento ataca el significado que tiene, en el matrimonio, la transmisión de la vida: obra personal e indelegable de los esposos. A ello aludía también Pío XII diciendo que reducir la cohabitación de los esposos y el acto conyugal a una pura función orgánica para la transmisión de los gérmenes, "sería solo convertir el hogar doméstico, santuario de la familia, en un simple laboratorio biológico".
>
> Es evidente que en todos estos pensamientos existe un *prius* evidente. Tal *prius* es el siguiente: el hombre no puede éticamente disponer, ceder o transferir sus componentes genéticos. Moralmente ello significa afirmar que es contrario a la naturaleza ofrecer el semen fecundante a quien no es la esposa (y, por supuesto. . . a través de la cópula perfecta), y, consecuentemente es contrario a la naturaleza recibirlo teniendo en cuenta que el hijo es participación personal de los esposos en su procreación.
>
> Sin embargo, no podemos ignorar que vivimos inmersos en un mundo concreto y en él obra toda una concepción antropológica obvia que nos condiciona. Desde otra perspectiva, quizá con el tiempo, el sentimiento ético pudiera ser distinto. Aun así quedarán siempre pendientes las valoraciones éticas respecto a quien se desprende de su semen para su utilización por terceros. Puede ser repudiable su motivación: por ejemplo, lucrar mediante su venta o prestarse a experiencias eugenésicas que esconden razones raciales. Pero también podría ser altruista, aunque en la actualidad difícilmente se lo justifique: por ejemplo, donar el semen para su utilización por aquellos matrimonios infértiles.[19]

11. Inseminación artificial heteróloga (con semen de donante) (IAD) durante el matrimonio: consideraciones jurídicas en torno al status de filiación-paternidad.

Corresponde distinguir dos situaciones: (a) la inseminación que fue realizada con el consentimiento del marido y (b) aquella otra que se efectuara sin dicho consentimiento o contra la voluntad de aquél. A continuación los examinamos.

En el primer (a) supuesto, esto es, que la inseminación de la esposa se efectúe con semen de donante y el consentimiento del marido, como la concepción ocurre durante el matrimonio, serán de aplicación los artículos 113, 114 ó 115 del Código Civil, 31 LPRA 461 a 463, según el caso sea.

---

17. Zanoni, citado, página 75, nota núm. 45 al pie de la página.

18. Véase las anteriores notas 5 y 11.

19. Zanoni, citado, páginas 50-54.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Otra cuestión puede suscitarse. ¿Qué si "el marido de la mujer que dio a luz el hijo, no obstante haber asentido a la inseminación de aquélla con esperma fértil de un tercero, pretende luego probar judicialmente que el hijo no es genética o biológicamente suyo? Imaginemos, pues, que recurriendo a. . . prueba hematológica de incompatibilidad de los grupos sanguíneos. . . y, además, a la acreditación fehaciente de la inseminación heteróloga misma. . ."[20] impugna la legitimidad del hijo, bajo el supuesto que regula el artículo 114 del Código Civil, 31 LPRA 462. Posiblemente sea de aplicación la doctrina de los actos propios, que impediría al marido resultar triunfante en su pretendida impugnación. Escribe Zanoni:

> . . .La doctrina de los actos propios. . . es plenamente aplicable al caso. Y esa doctrina, como se sabe, tiene el carácter de un verdadero principio general del derecho. Según él, es inadmisible una pretensión contradictoria de quien habiendo asumido una conducta jurídicamente relevante, lícita, intenta luego obtener un resultado contrario al exigible o esperable en razón de aquélla. La lesión a la buena fe-lealtad es evidente. . .[21]

Se hace transparente de la situación anterior que el ordenamiento vigente ofrece algunas soluciones para algunas interrogantes. Pero, indudablemente, otros asuntos ameritan legislación que los regule. Por ejemplo, ¿debe constar revestido de alguna formalidad el consentimiento del marido?[22] ¿Cuáles serían, si algunos, los deberes, derechos y obligaciones del donante? ¿Cómo debe hacerse constar su renuncia anticipada a cualesquiera derechos y obligaciones que le pudieran corresponder?[23]

En el segundo (b) supuesto, esto es, inseminación heteróloga realizada sin o contra el consentimiento del marido, al hecho de que el hijo no es biológicamente suyo, se añade un agravante: que él (marido) rechazó y se opuso a la inseminación de su esposa. Entiendo que la acción de impugnación de la "legitimidad" del hijo (que es hijo habido en matrimonio) procederá y dependerá de si el supuesto a aplicarse es el recogido por el artículo 113 del Código Civil, 31 LPRA 461 (el segundo párrafo que limita la prueba a "la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer") o por el artículo 114 de dicho cuerpo legal, 31 LPRA 462 (legitimidad impropia, no se limitan los medios de prueba como en el artículo 113). Evidencia que "comprend(a) e incluy(a) la falta de fecundación, hoy científicamente demostrable, toda vez que no es el acceso carnal, y sí la fecundación, el germen determinante de la paternidad en última consecuencia",[24] dispondría, con éxito, la acción de impugnación de la paternidad-filiación que inicie el marido.

Alguna orientación nos pueden ofrecer las decisiones recaídas en los Estados Unidos.[25]

> Several decisions —one as late as 1963— have held that a child conceived by AID is illegitimate, even where the mother's husband had consented to the procedure. In one of these cases, *Gursky* v. *Gursky,* the court maintained that in the absence of a statutory device equivalent to adoption, it had no authority to legitimate an AID child. The court also asserted that "deeply imbedded" in our legal system was the motion "that a child who is begotten through a father who is not the mother's husband is deemed to be illegitimate".
>
> The court's assertion that this notion is "deeply imbeded" in our law is belied by the traditional rule that a child born to married woman is presumed, sometimes irrebuttably presumed, to be the legitimate child of the woman's husband. It is a anomalous that this traditional rule would be applied to legitimate a child conceived by extra-marital sex but not one conceived by AID.
>
> As for the protestation that in the absence of a statutory provision a court has no autho-

---

20. *Ibídem*, página 57.

21. *Ibídem*, página 60.

22. Alfred Koerner, *Medicolegal Considerations in Artificial Insemination.* 8 Louisiana. Rev. 484, 499-500 (1948), para un formulario modelo de prestación de consentimiento para la realización de la inseminación artificial. "One area that requires more attention is the husband's consent. What constitudes consent? Must it be written? How long is it effective. . ." Venturatos Lorios, citado, página 1645 (citas omitidas).

23. "Besides providing a paternal link with the husband of the mother, statutes should clearly relieve the donor of obligations to the child. Presently eight states explicitly do so. Others, such as Louisiana, are silent on the subject. Although part of the legislative intent of the amending of Civil Code article 209 on filiation may have been to eliminate dual paternity, the Louisiana courts appear receptive to a dual paternity argument. Thus although a child is deemed the legitimate child of the husband of the mother under Civil Code article 188 due to the husband's consent to artificial insemination of his wife, it is still possible that the child might attempt to establish filiation to the sperm donor. Any waiver of paternal rights by the donor would not deprive the child from asserting his rights against the donor. In order to protect both donors and children, statutes should clearly deny any legal relationship between donor and child". Venturatos Lorio, citado, página 1648 (citas omitidas).

24. *Moreno* v. *Moreno*, 1982 Col. Abog. 41, el voto particular del Juez Asociado, Hon. Jorge Díaz Cruz.

25. Shaman, citado, páginas 334-336 (citas omitidas).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

> rity to legitimatize an AID child, there would seem to be as much authority to do so as there is to declare a child conceived by extramarital sex to be legitimate.
>
> While it is true that adoption is strictly a statutory procedure with legislatively designated requirements, a declaration of legitimacy is a procedure that exist independently of adoption, and therefore need not be limited by the confines of an adoption statute. When confronted with a case that presents the question of whether and AID child is legitimate, a court must declare the child to be either legitimate or illegitimate; and it has just as much authority to do one as the other.
>
> Some courts have not hesitated to exercise their rightful authority to legitimate AID children; and the modern trend is clearly in favor of legitimacy. *Strnad* v. *Strnad* was the first case to hold that an AID child was legitimate. In that case the court reasoned that the legal status of an AID child should be the same as that of a child born out of wedlock who is by law legitimated upon the marriage of his or her parents. . .
>
> More recent cases ruling that AID children are legitimate rest primarily on the ground that there is a strong public policy in favor of legitimacy. This was the approach taken in both *In re Adoption of Anonymous* and *People* v. *Sorensen* which recognize that the law favors legitimation to protect the integrity of the family unit, and that no useful purpose is served by stigmatizing an innocent AID child as illegitimate.[25]

Otras situaciones comprenden las que estudiamos a renglón seguido: (c) supuesto en el cual la paternidad fuera reclamada por el donante del semen (AID).

En el supuesto en el cual el marido de la mujer inseminada con semen de donante consintió, a dicha inseminación, no debe prosperar la acción, pues institucionalmente no le está permitido incoar la misma y, además, le estaría prohibido ir contra sus propios actos.

En el otro supuesto, esto es, si el marido de la mujer inseminada con semen de donante no hubiese consentido a la misma, e impugnase felizmente la paternidad-filiación, sería conveniente que el padre biológico pudiese reclamar y reconocer la paternidad.

Es también conveniente, a mi juicio, que legislación especial que pudiera aprobarse para regular las diferentes interrogantes que suscita la inseminación artificial, entendiese especialmente en los derechos de las partes, muy particularmente en las formalidades que debe reunir la renuncia, por parte del donante, de eventuales o alegados derechos, deberes y obligaciones que pretendiesen atribuírsele.

Igualmente podemos considerar otro (d) supuesto de impugnación de la paternidad-filiación incoada por los herederos del marido en la inseminación heteróloga (IAD).

Entiendo que sería de aplicación lo dispuesto por el artículo 116 del Código Civil, 31 LPRA 464.

Y, finalmente, (e) ¿podría el propio hijo, sobre el cual recae una presunción de legitimidad, impugnar su propia filiación?

A la luz de lo resuelto en *Robles López* v. *Guévarez Santos,* [26] la acción para impugnar legitimidad aprovecha también al propio hijo de "filiación enmarañada".

(f) Atendiendo al orden penal, podría suscitarse la cuestión de si la mujer casada que ha sido inseminada artificialmente, con semen de donante (IAD), sin o contra el consentimiento del marido, podrá o no ser procesada, y encontrada culpable, por el delito de adulterio. El Código Penal tipifica el mismo en los siguientes términos: "Toda persona casada que tuviere comercio carnal con persona que no fuese su cónyuge, incurrirá en adulterio. . ."[27]

La dificultad estriba en que la frase "comercio carnal con persona" conlleva relaciones sexuales, que no existen en la hipótesis considerada.

> On occasion AID has been violently denounced by the courts, and has been said to constitute adultery, with or without the husband's consent. A Canadian case, *Orford* v. *Orford,* decided by the Ontario Supreme Court, takes the position that AID is adulterous because "the essence of the offense of adultery consists, not in the moral turpitude of the act of sexual intercourse, but in the voluntary surrender to another persons of the reproductive powers or faculties. . .". By this same reasoning, the donor of semen for AID would also be guilty of adultery, a result only slightly more absurd that the *Orford* decision itself. In 1954 an Illinois court also stated that AID amounted to adultery. *Doornbos* v. *Doornbos* has been strongly criticized by

---

26. 109 DPR 563 (1980).

27. 33 LPRA 4147. Bajo el Código Penal de 1937, hoy día derogado, disposición similar a la vigente (la diferencia estriba en que en el artículo vigente se eliminó el adverbio "voluntariamente") fue interpretada por el Tribunal Supremo de Puerto Rico. En *Pueblo* v. *Birrier* et al, 18 DPR 265, 270 (1912) se resolvió que: "(E)l delito de adulterio existe desde el momento en que una persona casada *yace* voluntariamente *con otra persona* que no fuere su cónyuge. . ." (énfasis suplido). En *Pueblo* v. *Rivera,* 26 DPR 275, 276 (1918) se señala: ". . .Convenimos en que es necesario que existan dos personas que concurran en el acto carnal para que pueda perpetrarse el adulterio. . .". Y en *Pueblo* v. *Cuevas,* 27 DPR 897, 899 (1919) se indica: ". . .pero no son suficientes para estimar probado que tuvieron comercio carnal, elemento especial en el delito de adulterio. . .".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

> both medical and legal commentators, but it has yet to be overruled in Illinois.
>
> In most jurisdictions, however, AID is not considered adultery unless there has been actual sexual intercourse. In 1955 a resolution was introduced before the Ohio Senate, which would have classified AID as adultery punishable by a fine of $ 500 or imprisonment of up to five years. The resolution was not enacted, and since then nineteen states have enacted legislation that is favorable to AID. Today it seems doubtful that any American court would hold that AID constitutes adultery.[28]

¿Podrá el esposo promover —ya en el orden civil— acción de divorcio contra la esposa que ha consentido a la inseminación heteróloga, sin o contra su consentimiento? Parecería que no es posible por la causal de adulterio.[29] Pero ¿prosperaría la disolución del vínculo matrimonial por "el trato cruel o las injurias graves"?[30]

12. *Inseminación artificial heteróloga (con semen de donante) (IAD) y la confidencialidad de los expedientes.*

Ante la ausencia de legislación aplicable, la experiencia en otras jurisdicciones puede ser ilustrativa. Sobre este aspecto Shaman indica:[31]

> The confidentiality of AID records, particularly that of the donor's identity, presents a problem that portends a great deal of litigation in the near future. While there have been no cases to date involving this problem in recent years there has been an outcry as well as much litigation by adopted children seeking to learn the identity of their biological parents.* It seems only a matter of time until AID children begin to file lawsuits claiming the right to know the identity of their biological fathers, the donors of semen for AID. Should an AID child have the right to learn the identity of his or her natural father? This is a difficult question with no easy answers; there are strong and valid arguments on both side of the issue.
>
> The AID child may have a strong psychological need to know the identity of his or her biological father. In the area of adoption there is a fair amount of evidence showing that adoptees are hindered in their identity formation if they are denied access to information about their natural parents. The same could be true for AID children. The development of a personal identity is a lifelong process, and a healthy psyche may be impaired by a lack of information about one's natural parents. Many AID children could suffer emotionally if the identities of their natural fathers are withheld from them.
>
> Some AID children may also need to learn the identities of their biological fathers to obtain medical information about them which may be vital to them or their own offspring. Under some circumstances, that information may even be crucial. In some states, statutes require that physicians who perform AID keep a medical history of the donors. Where this is the case, needed medical information about the donor may be provided to the AID child without disclosing the donor's identity. This was the approach taken in *Chattman v. Bennett*. . .
>
> Another reason for disclosing the identity of AID donors is to prevent incestuous marriages, that is, marriages between two AID children who have the same donor-father.
>
> . . .(I)t remains clear that the AID child may have a strong emotional interest, and in some cases a strong medical interest, in learning the identity of the AID donor-father. On the other hand, the donor may have a strong interest in keeping his identity confidential. In the usual situation, the donor expects that his identity will not be disclosed to anyone (except the doctor who performs the AID), and the donor has no intention of taking on any of the responsibilities of parenthood. . .
>
> The mother of the AID child as well as her husband may also desire that the donor's identity remains anonymous to protect the unity of their family. One comentator points out that

---

28. Shaman, citado, páginas 333-334, citas omitidas.

29. Las causas para el divorcio aparecen en 31 LPRA 321. "El adulterio ha de entenderse en el sentido estricto, o sea, la cópula carnal con persona distinta del cónyuge. Corresponde a la acción tipificada en el artículo 269 del Código Penal: "comercio carnal voluntario de persona casada con persona que no fuera su cónyuge". No estarán, pues, comprendidos en esta causa los contactos sexuales sin cópula, ni las intimidades más o menos deshonestas de uno de los cónyuges con *tercera persona*. . .". *Carlos Mascareñas. La disolución del matrimonio en el derecho puertorriqueño.* 29 Rev. Jur. UPR 272-273 (1960).

30. Esta causa contiene dos supuestos. Escribe Mascareñas en el trabajo citado previamente: ". . .El que el texto (de la ley) diga trato cruel o injurias graves no quiere decir que una expresión sea sinónima de la otra. La ley contempla ambos supuestos. En muchos casos una de estas conductas lleva conjuntamente la otra, pero no es necesario. . ." (página 276). "Los actos requieren ser valorados para poder determinar si corresponden a la causa del divorcio. Para esta valoración habrá de tener en cuenta: (1) la intensidad. . . (2) las personas de que se trate". (Páginas 277 y 279). "(S)e requiere que la conducta de trato cruel y de injurias graves haya perturbado gravemente el matrimonio, es decir que haya destruido el sentimiento conyugal de otro cónyuge hasta el extremo de no ser ya posible, como dice la jurisprudencia alemana, de tratar a la parte culpable con el amor y atención que se deben los cónyuges según la esencia del matrimonio". (Página 279).

31. Shaman, citado, páginas 338-9 (citas omitidas).
*** (Nota ajena al texto). Sobre este asunto, véase Pedro F. Silva-Ruiz, *Adopción de menores: Reunión de Expertos*, en 18 Rev. Jur. Universidad Interamericana de P.R. 275, 281-282 (enero-abril 1984).**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

> "it is the [AID] child's 'psychological parents' to whom the child is related by memories, from whom he learns through identification, and with whom he is connected by daily experience". The mother her husband have a strong interest in maintaining this kind of relationship, and there is a strong public policy in favor of preserving the integrity of this family unit.
>
> Considering the interests of all the concerned parties —the AID child, the donor, the mother and her husband— there is no easy solution to the problem of whether or not the identity of the donor should be kept anonymous...

13. La inseminación artificial heteróloga (con semen de donante) (IAD) y la mala práctica médica.

> Doctors who perfect : AID without taking necessary precautions are subject to legal liability for their malpractice. Medical malpractice in the performance of AID will most commonly arise when the doctor has not adequately tested the AID donor to insure that he does not posses genetic defects that can be passed on to the AID child. A doctor's failure to perform the proper tests upon the donor certainly constitutes negligences for which he should be liable...
>
> Judging from a recent study reported in *The New England Journal of Medicine,* many doctors who perform AID are in fact negligent in testing donors for genetic defects...[32]

¿A quién o a quiénes correspondería la causa de acción por la mala práctica médica al realizar la inseminación artificial? Entiendo que correspondería tanto a la mujer, como a su esposo, así como también a la sociedad legal de gananciales.

14. La inseminación artificial fuera del matrimonio.

Común a todos los supuestos anteriormente estudiados es el que la inseminación artificial se realiza en mujer casada, bien con semen del marido (homóloga: IAH) o con semen de donante (heteróloga: IAD).

Pero ¿qué de la inseminación artificial de una mujer soltera?

Zanoni la descarta con las palabras siguientes: "La inseminación de una mujer soltera nos parece un caso patológico. Ni hablar del supuesto en que se seleccionaran 'mujeres ideales' (por sus caracteres biológicos o raciales) para recibir el semen de 'hombres ideales', como se dice ocurrió en las experiencias eugenésicas del nazismo". Y advierte: "...la procreación no es una pura *función biológica* que pueda ser objeto de consideración independiente de la *función institucional* que aquella cumple socialmente...".

En Estados Unidos se ha sostenido la opinión siguiente:

> Judging by prevailing case law, there is some doubt that statutes prohibiting single women from obtaining AID are constitutional. In a series of cases, the Supreme Court has held that an individual's decision to procreate is a fundamental interest encompassed within the constitutional right of privacy. Accordingly, the Court has struck down state prohibitions on abortion and the use of contraceptive devices. The Court's decisions in this area have included cases that protect the right of unmarried as well as married persons to decide whether or not to procreate. As precedent, these decisions strongly support the assertion that it is within a single woman's constitutional right of privacy to obtain AID.[34]

15. Otro supuesto de inseminación artificial fuera del matrimonio es el de la madre sustituta (suplente).

> Surrogate motherhood is a novel application of the technique of artificial insemination that also results in the birth of a child with a unilateral biological link to the infertile couple. A surrogate mother is a fertile woman who agrees, ordinarily by contract, to be artificially inseminated with the sperm of the husband and to carry the baby to term. After the child is born, the sorrogate surrenders custody to the natural father and terminates all her parental rights so that the wife may adopt the baby.[35]

¿Alquiler del útero materno ("womb-leasing")?

---

32. *Ibídem*, páginas 347 y 349.

33. Zanoni, citado, página 54.

34. Shaman, citado, página 345.

35. Phyllis Coleman, *Surrogate Motherhood: Analysis of the Problems and Suggestions for Solutions*, 50 Tennessee L. Rev. 71. 75 (1982).
"Surrogacy is the practice whereby one woman carries a child for another with the intention that the child should be handed over after the birth. The use of artificial insemination and the recent development of *in vitro* fertilization have eliminated the necessity for sexual intercourse in order to establish a surrogate pregnancy. Surrogacy can take a number of forms. . . .Of these various forms perhaps the most likely are surrogacy, involving artificial insemination, where the carrying mother is the genetic mother inseminated with semen from the male partner of the commissioning couple, and surrogacy using *in vitro* fertilization where both egg and semen come from the commissioning couple, and the resultant embryo is transferred to and implants in the carrying mother."*Informe Warnock*", página 42.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

¿Úteros mercenarios? Veamos tan solo algunas de las interrogantes que pudieran suscitarse.[36]

Pensemos que un hombre casado con una mujer infértil desea tener un hijo. Contrata con otra mujer para que ésta permita inseminarse con su semen y procree un hijo de ambos. En el contrato también se estipularía que cuando nazca el niño, la madre biológica entregará la custodia al padre y renunciará a todos los demás derechos, deberes y obligaciones de la maternidad, con el propósito de que su esposa lo adopte.

¿Cuál sería la validez de ese contrato?[37] Recordemos que el cuerpo humano está fuera del comercio de los hombres.

¿Debería ser parte del contrato el esposo de la madre sustituta, si ésta estuviese casada?, pues debemos recordar la presunción de paternidad del marido de la mujer casada. Asumiendo para fines de la argumentación que dicho contrato fuese válido, ¿cuáles serían sus efectos? ¿La entrega del niño?

¿Podría estipularse o convenirse que la mujer inseminada se obliga o compromete a no abortar? Pero ¿qué del derecho a la intimidad y al aborto que, con fundamento constitucional, se le ha reconocido a la mujer? ¿Podrá distinguirse la situación que consideramos si ella renunciase, previo a la inseminación al derecho a abortar durante el primer trimestre del embarazo?

Asumamos ahora que el niño nace y que la madre biológica, y también madre jurídica, se niega a cumplir con lo convenido: entregar la custodia del niño al padre biológico, renunciando a los demás derechos, deberes y obligaciones que la maternidad conlleva, con el propósito de que la esposa de quien contrató con ella (el padre biológico) lo adopte. ¿Podría exigirse el cumplimiento específico del contrato?

En relación con la renuncia —mediando algún beneficio— de los derechos, deberes y obligaciones por parte de la madre biológica, con el propósito indicado precedentemente (que la esposa del padre biológico del niño puede adoptarlo), conviene recordar, por si la misma fuese aplicable en alguna hipótesis, la siguiente disposición penal:[38]

> Toda persona, incluyendo los padres biológicos o adoptivos, que ofrezca, dé o reciba dinero u otros bienes o beneficios materiales a cambio de la entrega de un menor para su adopción será sancionada con pena de reclusión por un término mínimo de un año y máximo de cinco años.

La fecundación extrauterina.

16. Se trata de la fecundación (gestación) extracorpórea, en un "tubo de ensayo", conocida como ectogénesis, y la posterior implantación o anidación del embrión en el útero materno.[39]

---

36. Las soluciones que se han ofrecido en varios estados norteamericanos a estas cuestiones se discuten en el ensayo citado de Phyllis Coleman.

37. Véase Katie Marie Brophy. *A Surrogate Mother Contract to Bear a Child*, 20 Journal of Family Law 263 ss. (1981-82) para un modelo de un contrato de madre sustituta ("Surrogate Mother Contract Agreement"). La autora escribe: "The appended contract is basically a 'gentlemen's agreement' in that many of its provisions are unenforceable... In addition to general unenforceability this contract may be considered void because of some state statute, or perhaps because of a particular court's view of public policy... In addition, it is important to note that merely because the contract may be considered unenforceable in the event of breach does not mean that is illegal" (páginas 264-5, citas omitidas).

38. LPRA 4245. En doe v. Kelley, 307 N.W. 2d. 438 (1981), un matrimonio instó acción judicial para que se declararan inconstitucionales disposiciones legislativas, en Michigan, que prohibían y sancionaban penalmente la entrega de dinero u otros bienes materiales relacionados con las adopciones de niños menores de edad, y por cuya violación fueron condenados. Se trataba de un contrato que, entre otras cláusulas, establecía:
"(a) The Jane Doe and John Doe will pay Mary Roe a sum of money in consideration for her promise to bear and deliver John Doe's child by means of artificial insemination".
"(e) That Mary Roe will acknowledge that John Doe is the father of said child".
"(f) That Mary Roe will consent to the adoption of said child by John Doe and Jane Doe".
Se pactó, además, que Mary Roe recibiría la cantidad de $5.000,00, más gastos médicos y otros beneficios.
El Tribunal resolvió:
"While the decision to bear or beget a child has thus been found to be a fundamental interest protected by the right of privacy... we do not view this right as a valid prohibition to state interference in the plaintiff's contractual arrangement. The statute in questions does not directly prohibit John Doe and Mary Roe from having the child as planned. It acts instead to preclude plaintiffs from paying consideration in conjunction with their use of the state's adoption procedures. In effect, the plaintiff's contractual agreement discloses a desire to use the adoption code to change the legal status of the child —i.e., its right to support, intestate succession, etc. We do not perceive this goal as within the realm of fundamental interest protected by the right to privacy from reasonable governmental regulations" (página 441).

39. *In vitro* fertilization is the extracorporal fertilization of an ovum by sperm. Embryo transfer is the transfer of the fertilized ovum into the uterine cavity. An "ovum" is the female germcell, egg cell, or gamete. An "oocyte" is an immature ovum. A "Zygote" results from the union of a male gamete (sperm) and a female gamete (ovum), until it divides. An "embryo" is the product of conception from the moment of fertilization until about the end of the eight weeks after fertilization. A "conceptus" is the sum derivatives of a fertilized ovum at any stage of development from fertilization until birth, including the extraembryonic membranes. George Annas y Sherman Elias, *In Vitro Fertilization and Embryo Transfer: Medicolegal Aspects of a New Technique to create a Family*, 17 Family L. Quaterly 199 (1983), nota al pie de página 1.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

17. Como puede extraerse más de un óvulo de la mujer y fertilizarse varios, se podrían implantar algunos embriones en el útero materno. Así se aseguraría la gestación exitosa de alguno de ellos y el nacimiento de un niño. Los restantes embriones, esto es, vida humana genéticamente ya perfecta, se destruirían.

> The most ethically and politically controversial aspect of IVF [*in vitro fertilization*] is the status of the embryo. . .
>
> As to the issue of multiple embryos. . . (A)lmost all comentators have agreed that the embryo, even if not accorded human status, is worthy of respect. Two possible compromise "solutions" now exist. The first is to reimplant all embryos into the woman. This solution, which seems reasonable if only two or three are involved, now seems to have been adopted by many clinics since it seems to increase the probability of a pregnancy. The second solution is more controversial. "Excess" embryos would be frozen. This permits their use in future cycles should the initial attempts fail, and in future pregnancies, but also raises the posibility of use in another couple or in a surrogate mother.[40]

18. Relacionado con este tipo de fecundación, el *Informe Warnock* recomendó:[41]

> . . .That legislation be introduced to provide that any child born following IVF, using an embryo that had been frozen and stored, who was not *in utero* at the date of the death of the father shall be disregarded for the purposes of sucession to and inhertance from the latter.

Esta recomendación resolvería algunos de los problemas que se presentaron a las autoridades administrativas de un hospital en Australia. Conocido es, debido a la gran difusión de la noticia,[42] que los millonarios esposos Ríos fallecieron en un trágico accidente aéreo en Chile, sin dejar testamento. Él tenía un hijo, de un matrimonio anterior; a ella le sobrevivía su madre. Antes de trasladarse fuera de Australia, queriendo procrear un hijo, y como él era infértil, varios óvulos de su esposa fueron fertilizados con el semen de un donante anónimo, en un tubo de ensayo. A la muerte de los esposos Ríos, los embriones se conservaban congelados en un hospital de aquella nación-continente.

Conclusiones y recomendaciones.

19. El derecho debe de aceptar y de regular aquellos descubrimientos científicos que se muestren conforme a la naturaleza y dignidad del hombre.

20. Por consiguiente, el examen de la inseminación artificial y de la fecundación extrauterina, de seres humanos, debe examinarse en su doble aspecto ético-jurídico. Algunos supuestos de dicha inseminación son éticamente cuestionables.

21. El ordenamiento vigente, particularmente el que rige el derecho de familia, y que aparece recogido en el Código Civil, puede ofrecer algunas soluciones a las cuestiones legales que se planteen por la inseminación artificial, homóloga (IAH) y heteróloga (IAD), y por la fecundación extrauterina o en tubo de ensayo. Pero hay otras cuestiones y planteamientos que ameritan legislación especial, como, por ejemplo, los relativos a la madre sustituta o suplente (surrogate mother). Aunque no relacionado directamente con el derecho de familia, dicha legislación especial debe también regular los aspectos de la investigación con embriones humanos, su conservación (por ejemplo, por congelamiento), y, en particular, su destrucción, pues, es, después de todo, vida humana genéticamente perfecta.

***

40. *Ibídem*, páginas 208 y 210. Ver, además, el *Informe Warnock*, páginas 63 y 66.
Véase, además, Ellen Crabtree, *Comment: Protecting Inheritance Rights of Children Born Through In Vitro Fertilization and Embryo Transfer: Suggestions for a Legislative Approach*, 27 Saint Louis University Law Journal 901-928 (1983); a la página 925 ss. se ofrece un proyecto de legislación modelo.

41. *Informe Warnock*, citado, página 57.

42. "Quickening Debate over Life on Ice: Do orphaned embryos have legal rights?", revista Time, 2 de julio de 1984, página 68.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

REFLEXIONES SOBRE EL MERCADO DE VALORES COSTARRICENSE (I) LA DIFUSIÓN DEL ACCIONARIADO

PROF. GASTÓN CERTAD M.
Catedrático de la Universidad de Costa Rica y de la Universidad Autónoma de Centro América.

En el proceso de desarrollo económico, lo que los economistas denominan "inversión real" es uno de los objetivos más importantes, pues sólo por su medio se crea la verdadera riqueza de un país y se logra materializar un proyecto económicamente rentable y socialmente útil. La "inversión real" es, en último grado, el ejercicio de la decisión creadora de un empresario que genera trabajo y produce riqueza.

La gente, sin embargo, usa actualmente el término "inversión" ya para referirse a una compra de títulos del sector público o de sociedades anónimas, —que la mayoría de las veces ni siquiera conoce, ni le interesa conocer—; ya para referirse a la compra de un bien real, sea éste de consumo duradero o un equipo para producir nuevos bienes.

Esta generalización de la palabra inversión se debe en gran parte a la notable evolución que ha tenido en este siglo el mercado de valores y, desde un punto de vista más amplio, los mercados financieros. La existencia de estas distintas modalidades de inversión es harto beneficiosa para la economía de los países, pues, el sistema financiero y los emisores de valores deben orientar los fondos que captan hacia la compra de títulos que sean más rentables o hacia inversiones reales que tengan una rentabilidad mayor de lo que a ellos les cuestan los títulos. Obviamente, cuidarán de que estos papeles sean seguros y productivos, lo que a nivel general da como resultado una cierta garantía de rentabilidad y eficiencia en el uso de los recursos de la economía como un todo.

En la gran mayoría de los países en vías de desarrollo, es el Estado el que, en la práctica, realiza una parte importante de las inversiones físicas; para ello acude a recoger fondos del mercado de valores, con lo que, dada la naturaleza predominante social de la obra pública, disminuye la garantía de rentabilidad y eficiencia en el uso de los fondos. Claro que si esto ocurre en proporciones significativas, —piénsese en el caso de nuestro país—, puede llevar a una desnaturalización del mercado de valores, que por excelencia debe ser el instrumento para señalar, escoger y financiar los proyectos más importantes de la economía: un seguro medio para asignarle recursos a las actividades más rentables.

Ahora bien, cuando existe déficit fiscal, que es el caso también de la gran mayoría de los países en vías de desarrollo, el Estado para captar en el mercado interno los recursos que necesita, ofrece, generalmente una rentabilidad mayor que la tasa de interés bancario y, además, libre de todo impuesto; brinda también la seguridad del erario público y una mayor liquidez que la de la bolsa, pues, ofrece recompra inmediata, con lo que dificulta al máximo la competencia para las empresas privadas que pretenden colocar en el mercado acciones u obligaciones, títulos valores en masa o en serie sujetos siempre a una cierta incertidumbre, a pesadas cargas tributarias y a la "liquidez" bursátil.

En nuestro país la gran mayoría de los papeles públicos están exentos de impuesto, mientras que los dividendos que generan las acciones y los intereses que producen las obligaciones que adquiere un ahorrista de una sociedad anónima, sí pagan tributo. Se presenta entonces una asimetría en el tratamiento impositivo que creemos necesario corregir.[1]

Tenemos entonces que, la presencia de inversionistas rentistas es un factor muy favorable en el mercado de valores, pues sus capitales se dirigen a financiar, al final del proceso de intermediación, inversiones reales, públicas o privadas. El riesgo de

1. **Cuando un Estado participa en el mercado de valores con la intensidad con que lo hace el Estado costarricense, por ejemplo, es elemental que exista una cierta simetría entre las condiciones tributarias de sus títulos y los del resto del sistema.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

distorsiones lo suele producir el Estado, al ofrecerle al público condiciones más favorables para atraer fondos para su programa de obras públicas.

En otro ámbito encontramos los inversionistas promotores, que son aquellos responsables por el éxito o el fracaso de un proyecto, y que normalmente requieren de socios capitalistas para financiarse. En Costa Rica estos inversionistas son muy pocos y para financiar sus proyectos normalmente recurren a la banca estatal con costos más bajos.

En otros países, una alternativa de financiamiento muy utilizada por los inversionistas promotores es la suscripción de capital mediante oferta pública de valores; se trata de una apelación a la fe pública dirigida a los ahorristas para que estos inviertan su dinero en una determinada empresa, con la promesa de brindarles una rentabilidad mayor que la que puedan lograr con la inversión en títulos de renta fija. Muchas son las ventajas que tiene este sistema:

a) se ponen a disposición del público alternativas de inversión potencialmente más rentables que los valores de renta fija, lo que tiende a estimular el ahorro;[2]

b) con el uso reiterado de este sistema, evoluciona la estructura de la propiedad de los medios de producción, se funde la riqueza y se solidifican las mismas bases de la sociedad; en pocas palabras, se avanza con paso firme y seguro hacia la democracia económica;

c) al difundirse el accionariado, abriéndose al público, las sociedades son generalmente más cuidadosas, perfeccionan sus medios de control, buscan contar con los mejores cuerpos técnicos y administrativos, lo que se refleja favorablemente en su eficiencia y productividad;

ch) para la empresa a corto plazo, que es de tipo económico-financiero, es el mejor sistema, pues, el ingreso de nuevos socios no compromete el flujo de caja dentro de un esquema rígido —como sí sucedería si acudiese a un crédito bancario o a una emisión de obligaciones—, permitiéndole el desarrollo de proyectos con mayores periodos de maduración y el repago de esos fondos cuando las utilidades del proyecto se generen realmente;

d) al permitir la reunión de grandes capitales, hace posible el financiamiento de grandes proyectos, los que debido a los montos que presentan normalmente, no pueden ser financiados ni por particulares, ni exclusivamente con crédito;

e) la existencia de opciones de inversión en el mercado permite a los inversionistas rentistas diversificar su riesgo, sin tener que colocar todo su capital en un solo negocio o en muy pocas manos;

f) la existencia de una cotización pública de las acciones constituye un termómetro permanente de la gestión empresarial de la sociedad emisora que, al ser tomada en cuenta, la estimula hacia una administración más eficiente.

Como puede apreciarse las ventajas no son sólo para el ahorrista y para la sociedad emisora sino también para el país. Sin embargo, la adopción del régimen de la oferta pública debe basarse, fundamentalmente, en la libre decisión empresarial. Esta debe tomarse considerando las ventajas económico-financieras que las empresas puedan obtener, así como las particulares exigencias del sistema en términos de transparencia y control empresarial. Lo que sí es imprescindible, es que el Estado propicie y estimule el sistema mediante la promulgación de leyes técnicamente concebidas.

Es obvio que, para que el sistema de la oferta pública funcione, no basta la decisión del empresario o del inversionista promotor de acudir al ahorrista en busca de fondos; se necesita también la voluntad del ahorrista o del inversionista rentista de acudir a la sociedad en busca de una mayor rentabilidad para lo que, además de un buen proyecto, deben ofrecérsele garantías razonables de seguridad y liquidez. La seguridad deviene, principalmente, de un marco legal apropiado: al Derecho corresponde organizar un mercado transparente, eliminar en el inversionista las causas de inquietud ajenas al puro riesgo económico; en pocas palabras, garantizarle un juego limpio al interno de la sociedad anónima; porque evidentemente todo resulta distorsionado cuando el inversionista aprecia las bondades económicas de una determinada empresa, pero se abstiene de invertir porque sabe que no tiene ninguna posibilidad de información, ni participación en el control de la gestión de la sociedad emisora. La decisión de invertir, por lo general, se encuentra negativamente afectada por el hecho de que la rentabilidad de la inversión queda supeditada a decisiones de terceros, unos de buena fe y otros de no tanta, que escapan al control del accionista minoritario. Por eso es que la protección de las minorías societarias,[3] una página en blanco en nuestro Código de Comercio, no es un mero escrúpulo metafísico, ni una consideración benevolente y cristiana que los poderosos deben a los débiles al interno de las sociedades anónimas; la defensa de las minorías es una exigencia "sine qua non" para la existencia y el funcionamiento del mercado de

---

2. Esto es algo muy importante en un país como el nuestro, con una tasa de ahorro normal y tradicionalmente baja.

3. Definir hoy qué son minorías es algo harto delicado pero, en todo caso, deben considerarse dos aspectos: el de la cantidad o porcentaje y el de una cierta participación en el total, porque, de lo contrario, pueden quedar desprotegidos los grupos que no tienen acceso al control en las sociedades cerradas.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

valores. Si el inversionista se siente desprotegido no habrá inversión generalizada y por ende, no habrá mercado de valores.

Y es que detrás de esta discusión sobre las minorías no sólo hay un lírico anhelo de justicia social; tampoco se trata de una verborrea demagógica, como muchos piensan; lo que está en juego es el tipo de sociedad en que queremos vivir o que queremos dejar a nuestros hijos. Si lo que deseamos es crear un neofeudalismo industrial —con todo lo contradictorio que esta expresión pueda parecerles— en donde la propiedad de la tierra, manifestación del poder económico durante la edad media, sea sustituida por la propiedad de la empresa; entonces las minorías carecen de importancia, las sociedades anónimas pueden seguir siendo cerradas, la asamblea general de accionistas puede seguir reuniéndose en el comedor de papá y los puestos del directorio y del órgano contralor pueden seguir distribuyéndose entre hijos, sobrinos, primos y nietos. Pero, si lo que queremos es vivir dentro de una auténtica sociedad capitalista moderna, entonces debemos ser coherentes: tenemos que organizar la empresa en forma capitalista y moderna, eliminar los focos de poder que se organizan y se heredan por caminos distintos a los del mercado, debemos propugnar el accionariado difundido, esto es, la democratización del capital, intensificar el mercado de valores, y, lógicamente, consolidar las minorías creando, a su favor, un sólido mecanismo jurídico de defensa de sus intereses.

Esto no quiere decir que sea preciso acabar con las sociedades anónimas de estructura familiar. Ellas han cumplido un papel importante en el desarrollo del país y, probablemente, lo seguirán cumpliendo; pero si queremos que ese desarrollo se oriente por una vía moderna, será imprescindible que ciertas áreas de la actividad económica, en atención a su papel fundamental en la configuración del sistema económico general, no continúen en manos de las sociedades anónimas cerradas.

Además, desde el momento en que una sociedad se abre al público ofreciendo y solicitando la inversión de terceros; desde el momento en que deja de recurrir a la familia o al grupo de amigos para fortalecer su capital y coloca entre todos sus acciones, desde ese mismo momento, esa sociedad debe tener características especiales y asegurar los derechos de esa minoría a la que está llamando a participar. Porque no se puede organizar una empresa abierta para ciertas cosas —para recibir dinero, por ejemplo— y cerrada para otras —verbigracia, para dar información y participación en la gestión—.

Decíamos entonces que la seguridad en la inversión es algo que toca al ordenamiento jurídico, que debe concebir un conjunto de normas que le aseguren al inversionista rentista, al ahorrista, un trato equitativo y justo en la distribución de los beneficios del negocio. La liquidez es algo que, por el contrario, no corresponde darlo al legislador sino al funcionamiento eficiente del mercado de valores y, en particular, de la Bolsa de Valores.[4]

La experiencia de otros países demuestra que el desarrollo del mercado bursátil está en función directa del grado de apertura o difusión del accionariado de las sociedades anónimas que participan en él.

Dicen los entendidos que la profundidad del mercado de valores es el resultado de la relación entre el número de acciones inscritas y el número de acciones negociadas en un periodo determinado. Si vemos las estadísticas que periódicamente publica la Bolsa Nacional de Valores S.A., nos percatamos de que nuestro mercado carece de profundidad.

Por su parte, la liquidez del mercado se mide como una función de los días que se negocia una acción cada año. Esos mismos números de nuestra Bolsa ofrecen como resultado inexorable una escasa liquidez de mercado.

Aparte de todo lo dicho sobre seguridad y liquidez, la verdad es que los inversionistas rentistas están esencialmente interesados en la rentabilidad de sus inversiones. Casi todos ellos asumen que aquella compañía abierta al público, aquella compañía que está sometida a las reglas bursátiles es, por sí, una compañía segura y, muy probablemente una compañía líquida. Existen varias formas de asegurar esa rentabilidad y varias escuelas con distintos estilos, pero nosotros creemos que tal vez la más viable sencilla y segura es la de estimular o invitar (o tal vez forzar) a las sociedades para que formulen políticas de dividendos sumamente claras: que las compañías le digan a sus socios qué es lo que de ellas pueden esperar en tema de utilidades, no como obligación contractual, sino como voluntad seria proveniente de empresarios serios. No queremos decir con esto que la compañía deba comprometerse a distribuir un prefijado porcentaje de dividendos, sino simplemente, que exponga una política que proporcione lineamientos determinados. Esta solución —la de la política— nos parece

---

4. Liquidez es la medida de la facilidad con que los bienes pueden ser transformados en dinero, sin desmedro de su inversión y consiste en la facilidad que tiene el inversionista de enajenar su inversión al precio que ella tiene en el mercado.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

más efectiva que la de norma vertical, obligatoria, con números o cifras.

Pero, desgraciadamente, la oferta pública de valores, como instrumento eficiente de financiamiento, no está desarrollada en nuestro medio; ello se debe ante todo, a la existencia de una tradición empresarial de tipo familiar y cerrada, a la propensión al accionariado concentrado; también a la falta de conocimiento del sistema por parte de los empresarios, temerosos de perder el control de sus sociedades si invitan a nuevos accionistas a ingresar; además, a la desconfianza del público inversionista que teme perder sus ahorros y pequeños capitales en sociedades "manejadas" por otros; y, por último, a la falta de un marco legal apropiado para el desarrollo seguro y viguroso de este esquema de financiamiento.

La estructura familiar cerrada de nuestras sociedades anónimas es un poco reflejo de nuestra idiosincrasia y de la circunstancia de ser Costa Rica un pequeño país en extensión territorial y población; y estuvo fomentada hasta hace pocos años por la existencia de crédito barato proveniente de la banca estatal, que constituyó en un determinado periodo histórico-económico, el principal, por no decir el único recurso financiero de nuestras empresas. El abuso en acudir al crédito bancario ha sido uno de los más connotados males de nuestra economía.

En la actualidad, con tasas de interés nominal muy altas y positivas, en términos reales, esta práctica obviamente no puede continuar. Las empresas se han visto obligadas a buscar recursos frescos para poder desarrollarse; pero se han topado con una legislación mercantil y financiera que no está preparada para estas lides. Lo lógico es que esos recursos los obtengan de sus propios accionistas o bien tomar la decisión de abrir las puertas de la compañía a nuevos socios (formas ambas de capitalización sin endeudamiento).

Ahora bien, en un periodo económico de recesión con inflación, el planteamiento de recurrir al público para desarrollar el sector empresarial, puede ser tildado por muchos como poco realista, pues, el ahorro financiero sin riesgo ni preocupación produce un gran beneficio. Pero, sin embargo, consideramos que hay que preparar el sistema y corregir sus distorsiones para que, cuando las condiciones económicas mejoren en el futuro, ojalá no muy lejano, podamos contar con este instrumento adicional del financiamiento empresarial, con todas las ventajas que hemos señalado.

Por otro lado, el régimen de la sociedad anónima de capital abierto —que es lo que tendríamos que instituir, si queremos difundir el accionariado y recurrir al público como fuente segura y barata de recursos— no tiene por que construirse a expensas de las sociedades anónimas de capital cerrado —como parecen creer algunos—, ni verse de ninguna manera como competitivo de este otro régimen; son, simplemente, sistemas y concepciones empresariales diferentes, por las cuales los empresarios deben poder optar libre y conscientemente.

Las reformas legales necesarias para impulsar en nuestro país el régimen de las sociedades anónimas de capital abierto deben, necesariamente, orientarse en dos direcciones:

A) La reforma de las sociedades anónimas en el Código de Comercio de 1964, a fin de permitir la coexistencia normativamente diferenciada de las sociedades anónimas de capital abierto y las sociedades anónimas de capital cerrado, con reglas especiales para cada especie —como existen en Argentina, en Brasil, en Venezuela, en Chile y en casi todos los países de América Latina—; esto puede lograrse dentro del articulado mismo del Código o bien a través de una ley especial que venga a crear las sociedades anónimas de capital abierto.[5] Esta reforma debe necesariamente incluir disposiciones que protejan al accionista minoritario en las sociedades cerradas y disposiciones que protejan al grupo que tenga el paquete de control en las sociedades abiertas.[6] En estas últimas, el patrimonio invertido por los inversionistas rentistas o por los ahorristas estará de por sí protegido, pues en ellas habrá transparencia de información y libre entrada y salida de la sociedad a través de la negociación bursátil de sus títulos accionarios, como requisito y condición para participar en el sistema. Esto plantea como una necesidad imperiosa que el grupo de control cuente con una protección, pues, de lo contrario, vía el acopio diario de acciones en la Bolsa, podría producirse un día la sorpresa de que los dueños o los promotores ya no manejen la sociedad, lo que sería contrario al objetivo que se

---

5. **O bien como se hizo en el Proyecto de Ley de Mercado de Valores y Reformas al Código de Comercio, próximo a discutirse en nuestra Asamblea Legislativa, y cuya comisión redactora tuve el honor de integrar, utilizando ambos métodos.**

6. **Con esto no pretendemos decir que el accionista minoritario no deba ser protegido en las sociedades anónimas de capital abierto; sino simplemente que no necesita ser especialmente protegido como sí lo debe ser en las sociedades anónimas de capital cerrado, pues se presume, a priori, que el pequeño ahorrista que concurre a la sociedad anónima de capital abierto, con su dinero, no tiene interés en el control de la empresa, sino que tiene el interés meramente económico de obtener una mayor rentabilidad que la que ofrecen los títulos de renta fija; se trata en suma, de una nueva forma de accionista.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

pretende con el régimen de sociedades de capital abierto.[7]

B) La promulgación de una ley que regule el mercado de valores costarricense con incentivos a la oferta pública y a la capitalización empresarial vía mercado de valores y el establecimiento de controles respecto de los bienes objeto de ese mercado y los sujetos que en él intervienen. Esto ha sido cumplido, creemos que a cabalidad, con el Proyecto de Ley de Mercado de Valores y Reformas al Código de Comercio, próximo a presentarse a conocimiento del Congreso de la República. No voy a entrar aquí a detallar las medidas específicas tomadas en ese proyecto por la comisión redactora, —tiempo habrá en otros foros para la discusión exegética de su articulado—, pero las posibilidades en el campo fiscal y en el administrativo son bastantes y creemos que el estímulo es necesario y justificado, tanto para las sociedades anónimas, que son las que tienen que tomar la decisión e iniciativa de abrirse al público, difundiendo su accionariado; como para el accionista que debe decidir si frente a las demás alternativas de inversión que le ofrece el mercado, coloca o no su capital en manos de una de esas compañías.

La economía social de mercado, en su sentido más amplio, es aquel sistema económico regulado por las fuerzas de mercado, pero en el cual el Estado interviene para corregir distorsiones y propiciar el bien común. Dentro de este concepto tiene amplia cabida la propuesta de reformar el marco legal actual de nuestro mercado de valores, a fin de introducir en él el nuevo concepto de sociedad anónima de capital abierto y estimular su desarrollo.

Creemos que todos concordamos en admitir que no puede haber democracia política sana, próspera y estable si no hay, al mismo tiempo, democracia económica. Una de las formas y uno de los aspectos más preponderantes de la democracia económica está referido a la propiedad de los medios de producción. Creemos con el proyecto de Ley de Mercado de Valores y Reformas al Código de Comercio, que cuanto más difundido sea el accionariado de las sociedades anónimas, más sano y sólido será el sistema empresarial de libre iniciativa y mayor será el número de empresas que se podrán iniciar en Costa Rica, con el consecuente beneficio para el empleo y la producción.

La realidad expuesta sobre el mercado de valores costarricense no es, a primera vista, muy estimulante; pero creemos que cambios oportunos en la legislación nacional pueden ir preservando con solidez los progresos logrados en ese mercado en estos últimos años. No se trata de modificar la estructura de control de las actuales empresas, ni de forzar a nadie a hacer lo que no quiere hacer en materia de apertura accionaria de sus sociedades anónimas; se trata, simplemente, de permitir y promover la creación de nuevas compañías con accionariado difundido, de que algunas sociedades anónimas logren democratizar su capital social, donde los ahorristas puedan invertir sus ahorros en forma rentable, segura y líquida, con los consiguientes beneficios para la economía del país.

***

7. Lo que sí puede suceder es que a través de distintas adquisiciones periódicas una persona llegue a adquirir el control de la sociedad anónima de capital abierto; esto, claro está, no puede evitarse, pero sí pueden tomarse medidas, diseñar mecanismos para que la persona que con una compra de acciones vaya a adquirir el control, tenga la obligación de advertirlo, confiriéndosele al grupo de control la oportunidad de contraofrecer para mantener el dominio; porque una cosa es comprar acciones en el mercado para obtener una mayor rentabilidad producto del negocio mismo y otra muy distinta es comprar para controlar. Esto último es lo que hay que regular en las sociedades anónimas de capital abierto.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

LA UNIÓN INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES Y LA REGULACIÓN DEL RADIO ESPECTRO Y LA ÓRBITA GEOESTACIONARIA PARA LAS TELECOMUNICACIONES POR SATÉLITE

DR. JORGE ROJAS SOLÓRZANO

ÍNDICE

Pág.

Introducción 41

Capítulo Primero: La Unión Internacional de Telecomunicaciones

Sección Primera: Organización de la Unión Internacional de Telecomunicaciones

A. Antecedentes y creación de la Unión Internacional de Telecomunicaciones. 42
   1) Orígenes de la Unión Internacional de Telecomunicaciones y de la regulación del radio espectro. 42

B. Creación y objetivos generales de la Unión Internacional de Telecomunicaciones 45
   1) Creación de la actual Unión Internacional de Telecomunicaciones. 45
   2) Objetivos generales de la Unión Internacional de Telecomunicaciones 46

Sección Segunda: Estructura y funciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones

A. Órganos no permanentes de la Unión Internacional de Telecomunicaciones 47
   1) La Conferencia de Plenipotenciarios 47
   2) El Consejo de Administración 49
   3) Las Conferencias Administrativas 50

B. Órganos permanentes de la Unión Internacional de Telecomunicaciones. 51
   1) La Secretaría General 51
   2) Los Comités Consultivos Internacionales 51

Capítulo segundo: Principios jurídico-internacionales que regulan el radio espectro y la órbita geoestacionaria

Sección Primera: El Comité Internacional de Registro de Frecuencias y la formulación de los principios básicos que regulan el radio espectro.

A. Estructura y funciones del Comité Internacional de Registro de Frecuencias. 52
   1) Origen y composición del Comité Internacional de Registro de Frecuencias 52
   2) Funciones del Comité Internacional de Registro de Frecuencias 53

B. Principios generales que regulan la repartición del espectro de frecuencias de radio. 54
   1) El principio de no interferencia perjudicial 54
   2) El principio del reconocimiento internacional de la asignación de frecuencias 55

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Sección Segunda: Principios específicos que regulan la órbita geoestacionaria y el radio espectro para las telecomunicaciones por satélite.

A. Principios particulares que regulan la órbita/espectro radio 56
   1) Fundamento de la planificación del recurso órbita/espectro radio 56
   2) La órbita geoestacionaria y los principios de la igualdad y la eficiencia de su utilización 57
   3) Contribución de las conferencias de la UIT en la formulación de los principios específicos de las telecomunicaciones 58

B. Estatuto jurídico de la órbita geoestacionaria 60
   1) Surgimiento de la controversia sobre el estatuto jurídico de la órbita geoestacionaria 60
   2) Las diversas tesis sobre el estatuto jurídico de la órbita geoestacionaria 61
      a) La tesis de los países ecuatoriales 61
      b) Los contraargumentos de otros países 62

Conclusiones 63

Bibliografía 64

SIGLAS UTILIZADAS EN LAS CITAS BIBLIOGRÁFICAS

AASL	Annals of Air and Space Law
AFDI	Annuaire Français de Droit International
AJIL	American Journal of International Law
CIT	Convenio Internacional de Telecomunicaciones
CJTL	Columbia Journal of Transnational Law
DRT	Il Diritto delle Radiodiffusionee delle Telecomunicazione
IL	The International Lawyer
JT	Journal de Télécommunications
NILR	Netherland International Law Review
REDI	Revista Española de Derecho Internacional
SJIL	Stanford Journal of International Law
SJIS	Stanford Journal of International Studies
TJ	Telecommunications Journal
VJIL	Virginia Journal of International Law

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

INTRODUCCIÓN

Un elemento esencial para las telecomunicaciones por satélite es la radio. Las funciones necesarias en la exploración espacial como el comando, la telemedida, el control, etc., así como la transmisión de los datos encontrados en el espacio hacia la Tierra y la transmisión de mensajes por satélite entre dos o más puntos de la Tierra, requieren de una red radiofónica apropiada.

La señal de radio se transmite en el espacio por medio de las radiaciones electromagnéticas. Las ondas de radio se miden en hertz o ciclos y poseen las mismas características físicas de la luz, es decir circulan en la línea recta a la velocidad de la luz y están sujetas a la absorción, a la difracción, a la reflexión y a la dispersión.

El espectro de frecuencias de radio engloba los diferentes tipos de ondas y es considerado un recurso natural, aunque diverso de otros pues posee características propias. Es un recurso que se usa pero que no se consume con su uso. Está sujeto a las dimensiones del espacio, tiempo y frecuencia,[1] que están interrelacionados.

De acuerdo con su frecuencia, la totalidad del radio espectro se divide entre las frecuencias muy bajas, bajas, medianas, altas, muy altas, utraaltas, superaltas y extremadamente altas. A un grupo de frecuencias se le llama banda y cada banda tiene diferentes características técnicas que la hacen apta para diversos tipos de comunicaciones. Así por ejemplo, las altas frecuencias (onda corta) son capaces de atravesar distancias más grandes que las bajas frecuencias (onda larga), y por ello se adaptan mejor a las comunicaciones a larga distancia. Los satélites de telecomunicaciones operan preferentemente en distancias relativamente largas y utilizan por lo mismo, las más altas frecuencias.

No obstante ser un recurso prácticamente inagotable, el radio espectro está sujeto a ciertas limitaciones. Una estación emisora de radio puede operar convenientemente en una frecuencia, en un determinado momento y en un lugar dado, siempre y cuando ninguna otra emisión se dé en las mismas condiciones, porque en ese caso, habría una interferencia que dificultaría o haría imposible la comunicación. En consecuencia, las telecomunicaciones por satélite, como las de cualquier otro tipo que utilice la radio, no podrían ciertamente existir si no hubiera una red de radiocomunicaciones libre de toda interferencia perjudicial.[2]

Como las ondas radioeléctricas se transmiten y desplazan independientemente de las fronteras políticas de los Estados, ha sido siempre necesaria una repartición de frecuencias en materia de telecomunicaciones, tanto a nivel internacional como nacional, para preservarlas de toda interferencia perjudicial. Así, desde 1906 en la Convención y los Reglamentos Internacionales de Berlín, se prohíbe a los emitentes operar con una misma frecuencia.

La radio, como se sabe es una invención que data de fines del siglo pasado. Fue el físico alemán Heinrich Rudolph Hertz quien en un experimento en 1888–1889 por primera vez creó, detectó y midió las ondas radioeléctricas, confirmando así la teoría esbozada en 1873 por el físico escocés James Clerk Maxwell, quien por puro razonamiento matemático, había concluido que los fenómenos eléctricos y magnéticos podían ser reducidos a fuerza y movimiento, en un medio que él denominó el "éter".

Sin embargo, no fue sino a Marconi en 1894, a quien se le ocurrió que las ondas hertzianas (como se les llama también) podían servir de medio de comunicación por medio de las señales del alfabeto Morse y creó efectivamente un sistema de telegrafía sin hilos.[3]

Desde entonces, la utilización de las ondas radioeléctricas para las telecomunicaciones no han cesado de multiplicarse en todas su formas: comunicaciones marítimas, comunicaciones espaciales con cohetes y satélites artificiales, etc. Tan múltiples formas de utilizar el radio espectro (no obstante el avance tecnológico que ha permitido su ampliación) y la siempre creciente demanda de frecuencias para hacer frente a las necesidades de las comunicaciones nacionales e internacionales, hacen que "una reglamentación generalmente aceptada sea indispensable".[4]

---

1. Se entiende por frecuencia el número de ciclos por segundo de la energía electromagnética, medida en Hertz (Hz) que es la unidad de medida. O sea, un Hertz es un ciclo de energía electromagnética por segundo.

2. En el reglamento de radiocomunicaciones se define como interferencia perjudicial el efecto no deseado sobre la recepción de un sistema de radiocomunicación que produce una degradación de la calidad de la transmisión, a tal punto que "compromete el servicio de funcionamiento de un servicio de radionavegación u otro servicio de seguridad o que degrada seriamente, interrumpe de manera repetida o impide el funcionamiento de un servicio de radiocomunicación utilizado conforme el presente reglamento", (artículo 1, 163).

3. ITU, From *Semaphore to Satellite*, TJ, 1965, v. 32, núm. 5, págs. 197-8.

4. GOY; R. *La repartition des fréquences en matière de télécommunications*, AFDI, 1959, v. V. 570.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Por otro lado, las características propias del radio espectro requieren que el mismo sea debidamente explotado y utilizado, en el sentido de que debe ser realmente utilizado, pues en caso contrario se estaría desperdiciando. A su vez, es un recurso internacional a la disposición de todos. Esto influye también en la necesidad de una regulación que satisfaga los intereses de todos y facilite un disfrute eficiente y ordenado de ese medio de comunicación, sin cuya reglamentación nadie obtendría beneficio alguno.

Una regulación internacional ha sido efectivamente establecida, primero en el seno de la Unión Telegráfica Internacional (UTI), creada en la Conferencia de París de 1865. Esta estuvo encargada inicialmente de la reglamentación de la telegrafía; después también de las comunicaciones telefónicas y posteriormente de la regulación del radio espectro, en tanto que medio de comunicación esencialmente referido a la telegrafía sin hilos. Dicha labor ha sido continuada por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), y se mantiene actualmente en tanto que organización especializada de las Naciones Unidas para las telecomunicaciones.

En el campo del Derecho Internacional en general, pero especialmente en el ámbito de las telecomunicaciones, el contenido y la finalidad de los principios jurídicos que regulan las telecomunicaciones puede ser cabalmente comprendido sólo por medio del conocimiento de su historia y antecedentes.

El descubrimiento y evolución de las radiocomunicaciones se ha desarrollado e integrado bajo un conjunto de reglas y principios particulares que mantienen estrecha relación con los principios generales del Derecho Internacional. A su formación ha contribuido esencialmente la labor desarrollada en el seno de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, la cual se mantiene en nuestros días.

Sin embargo, esos principios no son inmutables. El nuevo método para emitir y transmitir las señales de radio, el satélite, y el novedoso e importante elemento para las transmisiones por satélite que es la órbita geoestacionaria, han introducido algunos cambios y promovido el surgimiento de principios jurídicos específicos de las telecomunicaciones por satélite, los cuales responden a las necesidades de distribución del radio espectro para esos servicios.

La forma de organización y funcionamiento de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) (Capítulo Primero), explica en gran medida la conjunción de los factores técnicos, políticos y económicos que han dado lugar a la formulación de los principios jurídico-internacionales que regulan el radio espectro y la órbita geoestacionaria para las telecomunicaciones por satélite (Capítulo Segundo).

CAPÍTULO PRIMERO

LA UNIÓN INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES

SECCIÓN PRIMERA:

ORGANIZACIÓN DE LA UNIÓN INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES

A. Antecedentes y creación de la Unión Internacional de Telecomunicaciones.

1) Orígenes de la Unión Internacional de Telecomunicaciones y de la regulación del radio espectro.

Fueron Austria y Prusia las naciones que, el 3 de octubre de 1849, convinieron en el primer tratado escrito sobre la telecomunicación telegráfica. Lo mismo harían después los otros países europeos. A la inicial necesidad de acuerdos que permitieran una adecuada regulación de la comunicación telegráfica se sucedió la necesidad de su uniformidad. Los múltiples tratados bilaterales y plurilaterales existentes hacía difícil el desempeño de esas comunicaciones que se veían así sujetas a diversas regulaciones.

Una regulación internacional uniforme quedó al fin establecida con el Convenio de París de 1865 por medio del cual veinte países firmaron[5] la primera Convención Telegráfica Internacional,

5. Austria, Baden, Baviera, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Grecia, Hamburgo, Hannover, Italia, Países Bajos, Portugal, Prusia, Rusia, Sajonia, Noruega, Suiza, Turquía y Würtemberg, cit. en FERNÁNDEZ; F. *Organización internacional de las telecomunicaciones y de la radiodifusión*, ed. Tecnos, 1978, Madrid, pág. 47.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cuya más importante realización fue la creación de la Unión Telegráfica Internacional (UTI), que es uno de los primeros ejemplos de cooperación internacional por medio de una organización. Cabe aquí también resaltar la adopción de la política de separar las discusiones diplomáticas de las técnicas, por medio de conferencias y documentos aparte; así como el hecho de que Inglaterra no fue invitada a esa conferencia porque sus servicios telegráficos estaban en manos de compañías privadas.[6]

Después de su creación y adhesiones posteriores, la UTI celebró tres conferencias de plenipotenciarios: la de Viena de 1868, la de Roma de 1871-2 y la de San Petersburgo de 1875. En todas estas conferencias los miembros de la Unión estuvieron representados tanto a nivel diplomático como administrativo. En la primera se creó la Oficina Permanente de la Unión con sede en Berna, Suiza. En la segunda, la Gran Bretaña pasa a ser miembro de la Unión al haber nacionalizado sus servicios telegráficos y se admite que las compañías privadas puedan en el futuro, participar en las conferencias con derecho a voz pero sin voto. Esto constituye una interesante peculiaridad en la sociedad internacional,[7] y más adelante veremos las profundas implicaciones que todavía tiene.

En la tercera conferencia se adopta un nuevo convenio con base en los siguientes principios: 1) "El telégrafo es de uso común. 2) Hay que procurar una rápida y eficiente transmisión de los telegramas y garantizar su secreto. 3) Existe un orden de prelación de los telegramas (de Estado, de servicio, de particulares) y en los oficiales y de servicio se permite el uso de cifra. 4) Los telegramas privados pueden no transmitirse cuando su contenido amenace la seguridad del Estado o se oponga a las leyes del país, orden público o buenas costumbres".[8]

En esta conferencia de San Petersburgo se llega a una de las innovaciones más importantes en el aspecto administrativo para el funcionamiento posterior de la Unión. Se decidió que los expertos técnicos de las administraciones telegráficas de los Estados miembros debían responsabilizarse de mantener al día el reglamento telegráfico y reunirse periódicamente en "Conferencias Administrativas", llamadas así porque ellos representaban sus propias administraciones telegráficas.[9] De esta forma los delegados plenipotenciarios de los miembros de la Unión deberían reunirse únicamente cuando fuera necesaria una reforma de la Convención.[10]

Después de la Conferencia de Plenipotenciarios de San Petersburgo no se celebró otra sino hasta 1932, en Madrid. En el ínterin sin embargo, se realizaron varias conferencias administrativas: Londres 1879, Berlín 1885, París 1890, Budapest 1896, Londres 1903, Lisboa 1908, París 1925 y Bruselas 1928. Especial mención merece la Conferencia de París de 1925 en que se crearon los comités técnicos: el Comité Consultivo Internacional Telegráfico (CCIT) y el Comité Internacional Telefónico (CCIF), refundidos posteriormente en uno solo.

A fines del siglo pasado y principios de este la invención de la radio causó una verdadera revolución en el campo de las comunicaciones. Esta se originó sobre todo porque era más fácil y económica la utilización de la radio que no requería de hilos costosos en tierra o bajo el mar, y era de una gran penetración. Si con el telégrafo y el teléfono hubo necesidad de un concierto internacional para facilitar una comunicación ordenada e ininterrumpida, con la radio la necesidad de un consenso era aún mayor para no impedir o estorbar la comunicación.

Para permitir la comunicación por radio entre una estación en tierra y otra situada en un barco, es indispensable no sólo que ambas estaciones de radio transmitan en la misma frecuencia, sino también que dicha comunicación no sea interferida por otra estación que esté emitiendo en la misma frecuencia. Por ello, se afirma que "ningún descubrimiento de la técnica moderna ha influido tanto en el Derecho Internacional como la de la telegrafía sin hilos. La nueva invención . . .porta, como dice la feliz frase de Meili, el carácter de la internacionalidad escrito sobre la frente".[11]

Al inicio, el problema de la explotación comercial de la nueva invención se situó al centro

---

6. ITU; *From Semaphore to Satellite*, TJ, 1965, v. 32, No. 2, pág. 89.
7. EVENSEN; J. *Aspects of International Law relating to modern radio communications*, RC, 1965, II, t. 115, pág. 413.
8. FERNÁNDEZ; supra nota 5, pág. 49.
9. ITU; supra nota 6, pág. 87.
10. Ver un cuadro completo de todas las conferencias, tanto de plenipotenciarios como administrativas en: UIT; *Conférences de l'UIT: points de repére dans les 117 années d'histoire de l'Unio*, JT, 1982, v. 49, núm. VI, págs. 330-7.
11. GRANDE; E. *La Radiotelegrafia nel Diritto Internazionale*, ed. Ulrico Hoepli, Milano, 1927, pág. 3.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de la discusión internacional. Las dificultades se sintieron sobre todo entre las grandes potencias marítimas de entonces. La British Marconi Wireless por ejemplo, había logrado crear un monopolio mundial en esa técnica de comunicación, al obtener en sus contratos los derechos exclusivos para instalar equipos de radio en los barcos e insistir en que debía rehusarse cualquier comunicación de barco o de tierra que no se hiciera con aparatos Marconi.

El gobierno alemán, en 1903 invitó a varios países a una conferencia en Berlín, con la idea de poner una solución a ese tipo de problemas que afectaban precisamente a otra empresa alemana. Al final de dicha conferencia simplemente se firmó un protocolo por parte de seis países de los ocho asistentes, que contiene los principios básicos de la futura regulación internacional en radiocomunicaciones. En el artículo IV de dicho protocolo se declaraba que las estaciones de telegrafía sin hilos debían operar, hasta donde fuera posible, de manera que no interfirieran con el trabajo de otras estaciones. Se reconoce así la necesidad de establecer reglas para evitar las interferencias, pero sin establecer derecho de prioridad alguno.

También se estipuló, lo que sin duda dio lugar a que ni Italia ni la Gran Bretaña suscribieran el protocolo final: que las "estaciones costeras estaban obligadas a recibir telegramas procedentes de barcos en alta mar y a transmitir telegramas destinados a ellos, sin distinción alguna por razones del sistema radioeléctrico por ellas utilizado".[12]

La citada norma tenía como finalidad evidente la de terminar con el monopolio inglés. Asimismo, la conferencia en sí tuvo su origen también en el incidente por el cual el príncipe de Prusia, Heinrich, después de una visita a los Estados Unidos de América, quiso enviar un mensaje de cortesía al presidente americano Teodoro Roosevelt. Esto último le fue negado porque el aparato del barco en que viajaba no era de la misma manufactura que el de la estación costera con la cual intentaba comunicarse.[13]

La obligatoriedad de transmitir mensajes entre estaciones con equipos de distinta fabricación fue el principal objetivo y —finalmente— compromiso al que se llegó en la Conferencia Radiotelegráfica Internacional celebrada en Berlín en 1906, que se tiene como la primera. En ella se aprobaron un convenio y un reglamento de radiocomunicaciones conteniendo, entre otras cosas: la prioridad de los mensajes de socorro, su no aplicabilidad a naves e instalaciones militares y la obligación de evitar interferencias.

El artículo VIII del citado convenio contenía una prohibición general contra toda interferencia perjudicial, la cual debía "hasta donde fuera posible", ser evitada. La reserva "hasta donde fuera posible", según algunos no constituye una concesión a la doctrina de la soberanía de los Estados o a la libertad del aire, sino una consecuencia de las limitaciones técnicas que la radiotelegrafía enfrentaba en esos momentos.[14]

La Convención de Berlín fue revisada por la de Londres de 1912, en la cual no se pudo adoptar la obligación de instalar equipos de radio en todos los barcos, pues se consideró que era una injerencia en los asuntos internos de los Estados.

La tercera Conferencia de Radiotelegrafía Internacional celebrada en Washington en 1927, no solamente revisó la anterior sino que vino a resolver otros problemas, fruto sobre todo de la destrucción de los hilos telegráficos y telefónicos, que acentuaría la utilización de la radiotelegrafía y la radiotelefonía.

En esta conferencia estuvieron representados 80 países, y con voz pero sin voto, 64 compañías privadas, empresas de radiodifusión e instituciones interesadas. Pero como la misma se sostuvo a invitación del Gobierno de los Estados Unidos, éstos no invitaron a participar a la Unión Soviética, cuyo gobierno no habían reconocido en ese momento. En consecuencia, la Unión Soviética se sintió libre de establecer su propio sistema más o menos sin tener en cuenta los resultados de la Conferencia de Washington.

Después de la primera guerra mundial la ausencia de alocación de frecuencias permitía a todo gobierno asignar cualquier tipo de frecuencia para cualquier tipo de servicio de radio existente. A fin de poner un orden, la Conferencia de Washington adoptó una tabla de alocación de frecuencias a los diferentes servicios de radio existentes. Para ello se decidió que la atribución que se realizara debía basarse en los siguientes aspectos: "a) Debía hacerse sobre la base de un plan a alcance mundial; b) El plan debía prever la atribución del espectro radioeléctrico entre todos los diferentes

12. LEIVE; D. *International telecommunications and International Law: the regulation of the radio spectrum*, ed. A.W. Sijthoff, Leyden, 1970, pág. 47.

13. UIT; supra nota 10, pág. 330.

14. EVENSEN; supra nota 7, pág. 485.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

servicios de comunicaciones que utilizaran la radio: radiodifusión, telegrafía, servicios marítimos, aéreos, radioaficionados, etc.; c) Dentro de cada uno de los grupos citados, y sobre todo en el campo de la radiodifusión, el plan de adjudicación de frecuencias debería realizarse teniendo en cuenta las necesidades de cada país, su tamaño, sus peculiaridades geográficas, etc.".[15]

A pesar de esa regulación, los Estados pactantes no estaban obligados a adherirse a la Tabla. Así, la libertad de asignar a una estación cualquier frecuencia se vería limitada solo en cierta medida por la obligación de no interferir con otras estaciones de otros países que operaban en la misma frecuencia.

En el Reglamento de Radiocomunicaciones se estableció que la asignación de frecuencias por las administraciones a una estación debía ser escogida "de tal manera a impedir hasta donde fuera posible interferencias con servicios internacionales llevados a cabo por estaciones existentes y que actúan en las frecuencias ya notificadas a la Oficina Internacional". De ahí se concluye que, si bien es cierto no se estableció jurídica y definidamente un derecho de prioridad, de hecho sí fue establecido;[16] aunque debe notarse que el mismo provenía no del primer uso que una estación hiciera de una determinada frecuencia, sino del primer uso y de la primera notificación a la Oficina de Berna. Como veremos más adelante, estos aspectos constituyen los puntos medulares alrededor de los cuales giran los principios jurídicos en materia de radiocomunicaciones.

En la conferencia en comentario —finalmente— al igual que se había hecho para el telégrafo y el teléfono, se creó un Comité Consultivo Internacional de Radiocomunicaciones (CCIR).[17]

B. Creación y objetivos generales de la Unión Internacional de Telecomunicaciones.

1) Creación de la actual Unión Internacional de Telecomunicaciones.

En 1932 se reunieron en Madrid conjuntamente, los plenipotenciarios de la Unión Telegráfica Internacional y los delegados a la Conferencia Radiotelegráfica Internacional. A la primera asistieron ochenta países y sesenta y dos organizaciones privadas, y a la segunda sesenta y cinco países y sesenta y cuatro organizaciones privadas. La importancia de estas reuniones es que en ellas se unificaron todos los acuerdos internacionales existentes en materia de telegrafía, telefonía y radiocomunicaciones.

El más destacado resultado de esas conferencias fue la creación de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, según el convenio firmado en Madrid el 9 de diciembre de 1932. Bajo el nombre de telecomunicaciones se comprende todo lo relativo a la telegrafía, la telefonía y las radiocomunicaciones. No se trata en realidad de una organización completamente nueva, sino prácticamente de la misma estructura de la UTI, la cual se completó con algunos órganos y disposiciones que se habían venido creando en materia de radiocomunicaciones. El Convenio de Madrid reitera el principio de la "no interferencia" con los servicios de radiocomunicaciones de otros países, y establece un nuevo principio: el del "servicio nacional satisfactorio" para las estaciones de radiodifusión de cada país.

Como era usual, el Convenio se completó con un reglamento telegráfico, uno telefónico y uno de radiocomunicaciones; asimismo con uno adicional para la aplicación de las radiocomunicaciones a la telegrafía y a la telefonía. En materia de radiocomunicaciones por ausencia de un verdadero acuerdo, se dividió el mundo en dos partes en cuanto a la asignación de frecuencias: Europa y las otras naciones.

Después de la Conferencia de Plenipotenciarios de Madrid y de su fundación, la UIT ha celebrado otras conferencias de plenipotenciarios. La primera, y probablemente la más importante por su permanencia e influencia mantenida hasta ahora, es la Conferencia de Atlantic City de 1947. En ella se trató el delicado problema de las relaciones entre la UIT y la recién creada Organización de Naciones Unidas. La UIT no había tenido nada que ver con la Sociedad de las Naciones y tendía a ser más bien una organización técnica y universal, mientras que la ONU era una organización política y restringida.

El delegado de Bélgica en la conferencia exponía sus temores al respecto, diciendo que "en relación con la UIT la posición de Bélgica está basada en una primera consideración, y es que nuestra Unión es esencialmente técnica y administrativa, y como consecuencia, la política internacional debe mantenerse excluida de sus discusiones. Bélgica es favorable a que nuestra Unión sea conectada con las Naciones Unidas, pero bajo una formal estipulación de que será mantenida la completa independencia de la Unión. La UIT es una

---

15. FERNÁNDEZ; supra nota 5, pág. 59.

16. LEIVE; supra nota 12, págs. 52-3.

17. Al respecto véase, KIRBY; R. *Cinquante ans d'activité du Comité Consultatif International des Radiocommunications (CCIR)*, JT, 1978, v. 45, núm. VI, págs. 267-75.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

organización que ha existido por ochenta años y ha dado pruebas brillantes de su habilidad; es de primordial interés para todos los países y debe ser preservada de todo sismo".[18]

Al final se concluyó un convenio entre la ONU y la UIT por medio del cual ésta devino el organismo especializado de la primera en materia de telecomunicaciones. En ese acuerdo se establecen las relaciones recíprocas entre las dos organizaciones, sobre la base de representación recíproca, intercambio de documentos e información, asistencia financiera y presupuestaria y aspectos de personal. Dicho acuerdo constituye el anexo 3 del actual Convenio de Telecomunicaciones según lo dispone su artículo 39.[19]

En esta Conferencia de 1947 se establecen las bases organizativas del modelo con base en el cual la UIT viene funcionando hasta ahora. Fue creado el Consejo de Administración, encargado de proseguir los trabajos de la Unión entre sus conferencias de plenipotenciarios, por lo que se perfila una más clara distinción entre éstas y las conferencias administrativas. También se traslada la Oficina de la Unión a Ginebra con un secretario dependiente de la Unión, no del gobierno suizo. Pero la más importante realización de la Conferencia de Atlantic City en el campo de las radiocomunicaciones, fue la creación del Comité Internacional de Registro de Frecuencias,[20] sobre el cual tendremos oportunidad de reconsiderar más detalladamente en la siguiente sección de este capítulo.

En la siguiente Conferencia de Plenipotenciarios de 1952 celebrada en Buenos Aires, se designaron los 18 miembros que componían el Consejo de Administración de la Unión, para cuyos efectos se había hecho una división del mundo en regiones.

A la Conferencia de Plenipotenciarios de Buenos Aires se siguieron las de Ginebra de 1959 y la de Montreux de 1965. En esta última —que coincidió con el centenario de la fundación de la UTI— se aprobó una resolución con el objeto de encargar al Consejo de Administración la creación de un grupo de estudio para que redactara un proyecto de Carta Constitucional que debía estar concluida para la próxima conferencia de plenipotenciarios.

La siguiente conferencia de plenipotenciarios se realizó en Málaga, Torremolinos en 1973. En ella se analizó el problema de si la UIT debía regirse por un convenio como el vigente, o por una carta constitucional que previera una continua revisión y un reglamento general con los aspectos más contingentes, y cuya variación pudiera hacerse en forma más flexible. La solución a que se llegó en esa conferencia fue que el Convenio Internacional de Telecomunicaciones (CIT) se dividiera en dos partes: una de "Disposiciones Fundamentales", en donde se establecen reglas de carácter general, y otra denominada "Reglamento General", cuyo contenido es una regulación específica relativa al funcionamiento de los distintos órganos de la UIT.

En cuanto a la Conferencia de Málaga se debe señalar una adición importante. Se incluyó una disposición por la cual se reconoce, que así como el radio espectro es un recurso limitado, la órbita de los satélites geoestacionarios también lo es. Ello significa en otros términos, que en este aspecto debe privar el principio de la cooperación sobre el de la soberanía estatal, aspecto que es muy controvertido según veremos en la próxima sección.

La última reunión de plenipotenciarios de la UIT se llevó a cabo a finales de 1982 en Nairobi, Kenya. En ella se mantienen los objetivos generales de la Unión conforme se analizan seguidamente, así como la estructura y funciones que comentaremos después.

2) Objetivos generales de la Unión Internacional de Telecomunicaciones.

En tanto que órgano especializado de las Naciones Unidas, a la UIT le corresponde la tarea de cumplir con determinados objetivos que son de carácter general y de naturaleza particular.

En general corresponde a la UIT: a) Mantener y ampliar la cooperación internacional entre todos los miembros de la Unión para el mejoramiento y el empleo racional de toda clase de telecomunicaciones, así como promover y proporcionar asistencia técnica a los países en desarrollo en el campo de las telecomunicaciones; b) Favorecer el desarrollo de los medios técnicos y su más eficaz explotación, a fin de aumentar el rendimiento de los servicios de telecomunicación, acrecentar su empleo y generalizar lo más posible su utilización por el público; c) Armonizar los esfuerzos de las naciones para la consecución de esos fines.[21]

De acuerdo con esos objetivos le compete a la UIT en particular: a) Efectuar la distribución de las frecuencias del espectro radioeléctrico y llevar el registro de las asignaciones de frecuencias,

---

18. LEIVE; supra nota 12, pág. 36.
19. Artículo 39 Convenio Internacional de Telecomunicaciones (1982).
20. ITU; supra nota 3, núm. 8, pág. 325.
21. Artículo 4, cit (1982).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

a fin de evitar toda interferencia perjudicial entre las estaciones de radiocomunicación de los distintos países; b) Coordinar los esfuerzos para eliminar toda interferencia perjudicial entre las estaciones de radiocomunicaciones de los diferentes países y mejorar la utilización del espectro de frecuencias radioeléctricas; c) Fomentar la cooperación internacional en el suministro de asistencia técnica a los países en desarrollo, así como la creación, el desarrollo y el perfeccionamiento de las instalaciones y de las redes de telecomunicación en los países en desarrollo por todos los medios de que disponga, y en particular, por medio de su participación en los programas de las Naciones Unidas y empleando sus propios recursos, según proceda; d) Coordinar asimismo, los esfuerzos en favor del desarrollo armónico de los medios de telecomunicación, especialmente los que utilizan técnicas espaciales a fin de aprovechar al máximo sus posibilidades; e) Fomentar la colaboración entre sus miembros con el fin de llegar, en el establecimiento de tarifas, al nivel mínimo compatible con un servicio de buena calidad y con una gestión financiera de las telecomunicaciones sana e independiente; f) Promover la adopción de medidas tendientes a garantizar la seguridad de la vida humana, mediante la cooperación de los servicios de telecomunicación; g) Emprender estudios, establecer reglamentos, adoptar resoluciones, hacer recomendaciones, formular ruegos y reunir y publicar información sobre las telecomunicaciones.[22]

Como se observa, entre los objetivos básicos y más importantes de la UIT se repite el de evitar las interferencias perjudiciales. Y cabe mencionar además, la referencia específica a la utilización de las técnicas de telecomunicación espacial, cuya coordinación se impone a fin de aprovechar en mayor medida sus posibilidades.

SECCIÓN SEGUNDA:

ESTRUCTURA Y FUNCIONES DE LA UNIÓN INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES

La estructura y funciones de la UIT no responden a un criterio preconcebido de organización, sino a una fórmula de consolidación progresiva para dar solución a los diferentes asuntos que se han presentado a la Unión en el proceso evolutivo que se ha señalado anteriormente. Esto ha favorecido la creación de una estructura poco comprensible.

En gran parte esa complejidad es el resultado de su larga historia y evolución, y se explica porque cuando "nuevas funciones se han adicionado a la Unión, generalmente han dado lugar a la creación de nuevos órganos introducidos en la estructura preexistente. Así, estos órganos han logrado legitimarse por sí mismos, lo cual hace difícil considerar su amalgamiento o aun revisarlos. La complejidad es también el resultado de la renuencia de los Estados de dar poderes sustanciales a la Unión. Al tener muchos funcionarios de elección cuyas disconformidades deben ser subsanadas por el Consejo de Administración, se limita la autonomía del secretario. Finalmente, la complejidad es también el resultado de la naturaleza técnica propia de la Unión. Está destinada a facilitar la participación de especialistas en vista de cuestiones técnicas y a reconocer que esos especialistas no son igualmente aptos en todos los aspectos de las actividades de la UIT. Muchos de los órganos de la UIT están en consecuencia, estructurados alrededor de un particular y sustancial problema técnico".[23]

En efecto, para el cumplimiento de sus fines la UIT está compuesta de dos tipos de órganos: los no permanentes, que son las conferencias de plenipotenciarios, las conferencias administrativas y el Consejo de Administración; y los permanentes que son la Secretaría General, los comités consultivos internacionales, uno de radiocomunicaciones y otro telegráfico y telefónico, y el Comité Internacional de Registro de Frecuencias. Cada uno tiene un origen particular, funciones específicas y una organización y funcionamiento diferentes, que responden a sus necesidades.

A. Órganos no permanentes de la Unión Internacional de Telecomunicaciones.

1) La Conferencia de Plenipotenciarios.

La Conferencia de Plenipotenciarios es el órga-

23. JACOBSON; H. *International Institutions for Telecommunications: The ITU's role*, en Mc WHINNEY; E. *The International Law of Communications*, A.W. Sijthoff, Leyden, 1971, pág. 56.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

no máximo de la UIT. Está integrada por las delegaciones de los Estados miembros. Conforme al principio de universalidad propio de los organismos de la ONU, y la declaración del artículo primero del Convenio Internacional de Telecomunicaciones que reclama la más amplia participación, la UIT esta compuesta no sólo por aquellos Estados que hayan procedido a la firma y ratificación del Convenio, o se adhieran a él, o que lleguen a ser miembros de las Naciones Unidas y se adhieran, sino por todo país soberano que, sin ser miembro de las Naciones Unidas se adhiera al Convenio, previa aprobación de su solicitud por dos tercios de los miembros de la Unión.

De hecho la participación en las conferencias de plenipotenciarios es prácticamente universal. En la última reunión en Nairobi participaron ciento cincuenta y ocho miembros.

Uno de los aspectos que más preocupa es el que se refiere a la frecuencia con que se reúnen estas conferencias. El actual convenio, como el anterior, fija una reunión cada cinco años, sin embargo entre la penúltima y la última pasaron nueve años, es decir, casi el doble de lo previsto. Esta distancia entre una reunión y otra es criticable porque de ahí resulta la incapacidad para "resolver los problemas que cambian rápidamente en el campo de las telecomunicaciones espaciales y otros aspectos tecnológicos y políticos que requieren una inmediata atención".[24]

En ese sentido, el entonces secretario general de la UIT propuso a la Conferencia de Montreux una reforma para introducir una cláusula en la convención, estableciendo que la conferencia de plenipotenciarios debería reunirse cada dos años (o eventualmente cada tres), en el entendido de que sus sesiones no durarían más de dos o tres semanas. Se justificaba diciendo que reuniones más breves "conducirían sin duda a una representación por personas de rango más elevado, porque si bien los jefes de departamento a nivel nacional pueden permanecer dos o tres semanas ausentes de su capital, no lo pueden hacer por dos meses".[25]

En todo caso, debe tenerse en cuenta que en realidad los intervalos son más aparentes que reales, pues durante los mismos tienen lugar las conferencias administrativas mundiales o regionales, fundamentales para el buen funcionamiento de la UIT.[26] De ahí que para algunos en el fondo la frecuencia de las reuniones de las conferencias de plenipotenciarios sea un asunto de "relativa modesta importancia".[27]

Históricamente como hemos visto, las conferencias de plenipotenciarios se han reunido esporádicamente. Esto para algunos podría considerarse como un signo de fortaleza y consolidación de la Conferencia en tanto que órgano supremo y de la UIT en general. Pero también podría ser el reflejo de una de dos cosas: o que los problemas fundamentales en telecomunicaciones internacionales son resueltos interinamente por los otros órganos de la Unión, o bien que esos problemas vienen resueltos en otra u otras sedes.

En relación con las telecomunicaciones por satélite, en favor de la segunda hipótesis milita el hecho de la proliferación de organismos u organizaciones internacionales, tanto a nivel mundial como regional, que en los últimos años se ocupan en forma específica y concreta de este tipo de comunicaciones. Ejemplos de estas organizaciones son INTELSAT, INTERSPUTNIK e INMARSAT que de diferentes maneras explotan los servicios de telecomunicaciones y que no siempre lo hacen bajo los mismos principios orgánicos y funcionales de la UIT.

Otro aspecto no menos importante es el referido a la politización de las conferencias de plenipotenciarios. Este fenómeno se liga a la descolonización posterior a la segunda guerra mundial y al surgimiento de una gran cantidad de nuevos Estados. Algunos quisieran que las conferencias fueran exclusivamente técnicas, desprovistas de toda influencia política. Esto —debe observarse— no tiene mucho sentido si se piensa que la política y la técnica, así como lo económico y lo social, son factores de una misma realidad cuya interacción no se puede eludir. Como se ha remarcado, en realidad la UIT desde sus inicios se ha visto influenciada por la política. La sola idea por ejemplo, de hacer una conferencia en París en 1865, y de crear una especie de oficina con sede en Francia, fue un acto —entre otros que ya mencionamos— con un claro sentido político.[28] De tal forma que en este aspecto lo que conviene hacer es dar al aspecto técnico y al político su justa parte.[29]

Las funciones de la conferencia de plenipotenciarios pueden dividirse en tres aspectos: de fiscali-

---

24. SMITH; D. *International Telecommunication Control*, A.W. Sijthoff, Leyden,1969, pág. 24.
25. GROSS; G. *La Nouvelle UIT, JT*, 1963, v. 30, núm. 10, pág. 307.
26. FERNÁNDEZ; supra nota 5, pág. 123.
27. NICOTERA; F. *The structure of the ITU*, TJ, 1964, v. 31, núm. 6, pág. 157.
28. COODING; G. *The United States and the ITU in a changing world*, TJ, 1977, v. 44, núm. 5, pág. 321.
29. GARMIER; J. *L'UIT et les télécommunications par satellites*, Bruylant, Bruxelles, 1975, pág. 258.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

zación financiera y de personal; electivas; y de determinación de principios básicos de telecomunicaciones y de la UIT. La participación de los Estados miembros en el ejercicio de estas funciones está basada en el principio de igualdad de los Estados y por lo mismo cada uno goza de voz y de voto.

De acuerdo con el Convenio Internacional de Telecomunicaciones de 1982, en cuanto a los dos primeros tipos de funciones, corresponde a la conferencia de plenipotenciarios: examinar el informe del consejo de administración sobre las actividades de los órganos de la Unión desde la última conferencia; fijar la base del presupuesto de la Unión y determinar el tope de sus gastos; dar las instrucciones generales relacionadas con la planilla de personal de la Unión; examinar y en su caso aprobar definitivamente las cuentas de la Unión. Corresponde también a la conferencia de plenipotenciarios: elegir a los miembros de la Unión que ha de constituir el consejo de administración; elegir al secretario general y al vicesecretario y fijar las fechas en que han de tomar posesión de sus cargos; elegir también los miembros del Comité Internacional de Registro de Frecuencias y los directores de los comités consultivos internacionales.[30]

La tercera de las funciones de la conferencia de plenipotenciarios es la más importante sobre todo por sus consecuencias. Le corresponde determinar los principios generales aplicables para alcanzar los objetivos de la Unión, para lo cual tiene como potestad básica y exclusiva la de poder revisar el Convenio Internacional de Telecomunicaciones.[31] Esto hace que la conferencia sea no sólo el órgano más antiguo sino también el más importante de la UIT. Entre esos principios conviene destacar el que establece que "Toda estación, cualquiera que sea su objeto, debe ser establecida y explotada de tal manera que no cause interferencias perjudiciales a las comunicaciones o a los servicios radioeléctricos de los otros miembros, de las explotaciones privadas reconocidas y de las otras explotaciones debidamente autorizadas a asegurar un servicio de radiocomunicación, y que funcionen en conformidad con las disposiciones del reglamento de radiocomunicaciones".[32]

Ahora bien, el Convenio Internacional de Telecomunicaciones en tanto que instrumento jurídico fundamental de la UIT, presenta algunas particularidades que lo distinguen netamente de los de las otras instituciones especializadas de la ONU. Como cualquier otro tratado institutivo, contiene los principios esenciales de la organización. Pero a diferencia de todos los otros, contiene una gran cantidad de disposiciones administrativas que regulan en concreto el funcionamiento de la Unión hasta en los mínimos detalles. Por otro lado, está sometido a revisiones constantes, mientras que los instrumentos de las otras organizaciones son prácticamente definitivos, puesto que el procedimiento de revisión es muy restringido. En cambio el CIT puede ser integralmente modificado por cualquier conferencia de plenipotenciarios según un procedimiento bastante expedito. Todo artículo del convenio puede en efecto, ser modificado por una decisión de mayoría simple, "si la Conferencia de Plenipotenciarios lo juzga necesario".[33]

La iniciativa de cambiar el convenio por una carta constitutiva se estudió en la conferencia de Torremolinos (1973), pero como vimos no se llegó a la solución propuesta. De ahí que en la conferencia de Nairobi nuevamente se consideró que la Unión debía adoptar un instrumento fundamental que le permita cumplir con sus objetivos de manera apropiada, y mantener al mismo tiempo la estabilidad que la organización exige. Para ello se resolvió que "las disposiciones del Convenio Internacional de Telecomunicaciones se dividan en dos instrumentos distintos: una Constitución, que contendrá las disposiciones de carácter fundamental, y un convenio que incluirá las demás disposiciones que por su naturaleza, pueden ser objeto de revisión a intervalos periódicos; y que cada uno de esos instrumentos prevea su propio procedimiento de enmienda, estipulándose que las enmiendas de la Constitución exigirán mayoría especial".[34] Se deberá esperar entonces, a la próxima conferencia para llegar —tal vez— a una decisión final al respecto.

2) El Consejo de Administración.

El Consejo de Administración de la UIT está constituido por miembros de la Unión elegidos por la conferencia de plenipotenciarios. A sus miembros componentes se les llama consejeros y su número ha variado prácticamente en cada conferencia de plenipotenciarios: en la de Atlantic City, —donde se creó este órgano— eran 18; en Ginebra se elevó a 25; en Montreux a 29; en Málaga a 36 y

30. Artículo 6 cit (1982).

31. Ibídem.

32. Artículo 35, inciso 1, Ibídem.

33. GARMIER; supra nota 29, pág. 245.

34. Conferencia de Plenipotenciarios de la UIT, Nairobi, 1982, Resolución Com. 8/5, pág. 6.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

en Nairobi a 41, teniendo en cuenta el aumento correspondiente de miembros de la UIT.

Para efectos de la elección de los miembros al Consejo, el mundo se ha dividido en varias regiones, cada una de las cuales tiene derecho a un número de consejeros proporcional al número de miembros de la Unión que la componen. Esta distribución responde a la idea de dar una representación igual a todas las partes del mundo.

Cada consejero tiene un mandato hasta la nueva composición que se decida en la siguiente conferencia de plenipotenciarios, pudiendo ser reelegido. En caso de vacante entre conferencias, lo cual puede ocurrir por renuncia o cuando el delegado del miembro al consejo falta a dos reuniones consecutivas, la misma es suplida por el propio Consejo a cuyo efecto se ha de nombrar al miembro que en la última elección hubiera obtenido más votos sin haber sido elegido, en la región donde se produce la vacante.

Cada país consejero debe designar un representante, el cual puede ser asistido por uno o varios asesores, pero sólo aquél tiene derecho a un voto. El Consejo debe reunirse ordinariamente una vez al año en la sede de UIT. A esas reuniones pueden asistir el secretario y el vicesecretario general, el presidente y el vicepresidente del Comité Internacional de Registro de Frecuencias y los directores de los comités consultivos con voz pero sin voto.

En cuanto a sus funciones —especificadas en general en el artículo 8 del CIT— corresponde al Consejo actuar como mandatario de la conferencia de plenipotenciarios, dentro de los límites de las facultades que ella le delegue. Además tiene dos tareas importantes: La primera en cuanto a la eficacia del convenio. El Consejo debe adoptar las medidas necesarias para facilitar la aplicación por los miembros de la UIT de las disposiciones del CIT, de los reglamentos administrativos, de las decisiones de la conferencia de plenipotenciarios y en su caso, de las decisiones de otras conferencias y reuniones de la organización. En segundo lugar, debe determinar cada año la política de asistencia técnica, para lo cual debe promover la cooperación internacional sobre todo con la participación de la UIT en los programas de las Naciones Unidas, a fin de favorecer la cooperación técnica con los países en desarrollo y para el progreso de las telecomunicaciones.

3) Las Conferencias Administrativas.

Se llama conferencias administrativas a las reuniones de expertos que representan a las administraciones de los diferentes servicios: telefónico, telegráfico y de radiocomunicaciones de los Estados miembros de la UIT. En estas reuniones se estudian los aspectos particulares de las telecomunicaciones en sus diferentes servicios.

Las conferencias administrativas pueden ser convocadas por la Conferencia de Plenipotenciarios, el Consejo de Administración o una Conferencia Administrativa precedente, o bien la propuesta individual de al menos una cuarta parte de los miembros, dirigida a la Secretaría General. En todo caso se debe limitar a tratar estrictamente los asuntos que figuren en la agenda respectiva.

Las conferencias administrativas pueden ser mundiales o regionales, según el caso. En cuanto a estas últimas, su orden del día puede contener únicamente asuntos relativos a cuestiones específicas de telecomunicaciones de orden regional, siempre y cuando no esté en pugna con los intereses de otras regiones.

La función esencial de las conferencias administrativas es la de proceder a la revisión parcial o —en caso excepcional— completa, de los reglamentos administrativos. Lo anterior cuando se trata de conferencias administrativas, por cuanto las regionales no pueden modificar y más bien deben respetar esos reglamentos; y en todo caso ambas conferencias deben respetar las normas del CIT, el cual no pueden modificar en absoluto.[35]

Las conferencias administrativas son muy importantes precisamente por la influencia que tienen los reglamentos internacionales de telecomunicaciones, especialmente el de radiocomunicaciones por medio del cual la UIT ejerce una verdadera función reglamentaria a nivel internacional. El Convenio Internacional de Telecomunicaciones prevé que su ratificación implica la aceptación de los reglamentos administrativos internacionales vigentes al momento de la misma.[36] De ese modo la UIT, a diferencia de otras organizaciones, no elabora convenciones a las cuales los miembros son libres de devenir o no partes, sino textos que tienen "fuerza de ley" ya que se imponen a todos los miembros de la Unión; o al menos a aquellos que desean permanecer siéndolo completamente.[37]

---

35. Artículo 7 cit.(1982).

36. JACOBSON; supra nota 23, pág. 60.

37. WATINE-LE GOURRIEREC; *L'Union Internationale des Télécommunications face aux nouvelles techniques*, AFDI, 1978, v. XXIV, págs. 591-2.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

B. Órganos permanentes de la Unión Internacional de Telecomunicaciones.

1) La Secretaría General.

La Secretaría General está constituida por un secretario general asistido de un vicesecretario. Ambos son de nombramiento de la Conferencia de Plenipotenciarios, por un período comprendido hasta la siguiente Conferencia en que pueden ser reelegidos, aunque sólo por una vez.

No obstante ser elegido por la conferencia, el secretario general responde de su actuación ante el Consejo de Administración. El vicesecretario es responsable ante el secretario a quien sucedería en caso de vacante, y desempeña sus funciones en caso de ausencia del primero.[38]

El secretario general es el representante legal de la UIT y asegura su funcionamiento cotidiano. Sus funciones son fundamentalmente administrativas y financieras. Entre las administrativas están las de nombrar su personal y el de las secretarías especializadas, asegurar el asesoramiento jurídico de la UIT y presentar el informe anual sobre las actividades de la Unión. Entre las funciones financieras le corresponde a la Secretaría General la preparación tanto del informe anual como del presupuesto y los planes de trabajo de la Unión para ser sometidos al Consejo de Administración.[39]

La Secretaría General cuenta con el Comité de Coordinación, creado con el objetivo de asesorarla en todos los aspectos relativos a sus funciones y que tengan que ver con el funcionamiento de los órganos permanentes. Presidido por el secretario general, este Comité está constituido además por el vicesecretario, los directores de los comités consultivos y el presidente del Comité Internacional de Registro de Frecuencias. A pesar de que no se le menciona en el artículo 5 del CIT que establece la estructura de la UIT, la función del Comité no debe ser subestimada ya que juega un papel relevante en la medida en que todo le es presentado, sea que se trate de la nominación de un funcionario de alto grado o de una cuestión técnica. Casi se puede afirmar que actualmente "cualquier proposición sometida al Consejo de Administración debe ser aprobada primero por el Comité de Coordinación",[40] al cual por otro lado, prácticamente se le impone la adopción de sus decisiones por unanimidad.[41]

2) Los comités consultivos internacionales

Existen dos comités consultivos internacionales: uno telegráfico y telefónico y otro de radiocomunicaciones. Estos comités están compuestos esencialmente por las administraciones de los miembros de la UIT que forman parte de ellos de pleno derecho. Además, cualquier empresa privada de explotación puede participar en los trabajos de los comités, si cuenta con el reconocimiento de un miembro de la Unión. Lo mismo pueden hacer a título consultivo, las organizaciones internacionales y los organismos científicos e industriales relacionados con las telecomunicaciones. Es por medio de los comités consultivos que se establece la necesaria colaboración con la industria del sector, lo cual ha constituido desde su inicio y como ya señalamos, una peculiaridad de la UIT.

Cada comité consultivo internacional está compuesto de: a) Una Asamblea Plenaria, b) Las comisiones de estudio establecidas por ella y c) Un director, elegido por la Conferencia de Plenipotenciarios. Además, cuenta con una secretaría especializada y los laboratorios e instalaciones técnicas creadas por la UIT.

Corresponde a la Asamblea Plenaria, que debe ser convocada normalmente cada tres años, examinar los informes de las comisiones de estudio y aprobar, modificar o rechazar los proyectos de recomendación contenidos en los mismos; así como definir las cuestiones a estudiar y asignar su estudio a cada comisión.

El trabajo de las asambleas plenarias reviste gran valor por cuanto tienen la potestad de someter a las conferencias administrativas las proposiciones que se derivan de sus recomendaciones. Estas no sólo son generalmente incorporadas como normas en los reglamentos respectivos, sino que desde su enunciación las administraciones y los constructores privados aplican esos "Avis" de los comités consultivos y lo hacen en forma deliberada y amplia. Ello es testimonio de su valor que, a pesar de no ser reglamentario, viene generalmente admitido.[42] Y lo que es más importante, la experiencia ha demostrado que son universalmente reconocidos y respetados.[43]

Esta aceptación generalizada se debe en alguna medida a que no se excluye a las partes interesadas a participar en los trabajos de los Comités Consultivos y que se debe siempre buscar la unanimidad.

---

38. Artículo 9 cit (1982).
39. Artículo 56, cit (1982).
40. GARMIER; supra nota 29, pág. 26.
41. Artículo 59, cit (1982).
42. DORMER; D. *Le CCITT et son Secretariat*, JT, 1965, v. 32, núm. 8, pág. 313.
43. MILI; M. *La jurisdiction internationale en matière de télécommunications*, JT, 1973, v. 40, núm. 9, pág. 565.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Más aún, de hecho raramente es necesario recurrir a votación.[44]

El "consenso" es entonces la regla implícita en las deliberaciones de las asambleas plenarias de los comités consultivos. Esta regla y la estrecha colaboración que se da entre las administraciones responsables y los organismos industriales constructores de los equipos de esas redes son entre otros, los aspectos más sobresalientes que muestran en este caso, cómo la estructura y funciones de la UIT han logrado encontrar desde su origen, la justa vía.

Las comisiones aseguran el estudio concreto de los problemas a ellas sometidos, los cuales tratan en la medida de lo posible por correspondencia, y no celebran más de dos reuniones entre las sesiones de las asambleas plenarias.

El Comité Consultivo Internacional de Radiocomunicaciones (CCIR) tiene la misión de realizar estudios y formular recomendaciones sobre las cuestiones técnicas y de explotación, relativas específicamente a las radiocomunicaciones.[45] El Comité Consultivo Internacional Telegráfico y Telefónico (CCITT) realiza los estudios y formula recomendaciones sobre las cuestiones técnicas[46] de explotación y de tarifación que se refieren a los servicios de telecomunicación diversos de las radiocomunicaciones. Este comité constituye la fusión de los dos comités antes citados de telefonía y telegrafía, que se convirtieron en uno solo por decisión del Consejo de Administración en 1955 y se llevó a cabo en la Asamblea Plenaria de Ginebra de 1965.

Existen también en la UIT los Grupos Autónomos Especializados (GAS), encargados de redactar un manual sobre materias específicas y que se plasma en la confección de módulos didácticos publicados por CCITT que contiene ejemplos y no recomendaciones, de cómo las administraciones, sobre todo de los países en desarrollo, pueden resolver los problemas que se le presenten.

Finalmente tenemos, dentro de la estructura de la UIT, el Comité Internacional de Registro de Frecuencias. Este es el órgano encargado de coordinar la utilización del radio espectro y de la órbita geoestacionaria de los satélites. Por eso mismo, se requiere de una referencia aparte y especial en relación con esos dos elementos que son los pilares sobre los que se basan las telecomunicaciones por satélites.

CAPÍTULO SEGUNDO

PRINCIPIOS JURÍDICO-INTERNACIONALES QUE REGULAN EL RADIO ESPECTRO Y LA ÓRBITA GEOESTACIONARIA

SECCIÓN PRIMERA:

EL COMITÉ INTERNACIONAL DE REGISTRO DE FRECUENCIAS Y LA FORMULACIÓN DE LOS PRINCIPIOS BÁSICOS QUE REGULAN EL RADIO ESPECTRO

A. Estructura y funciones del Comité Internacional de Registro de Frecuencias.

1) Origen y composición del Comité Internacional de Registro de Frecuencias.

El objetivo esencial de la creación del Comité Internacional de Registro de Frecuencias —más conocido bajo las siglas inglesas IFRB (International Frecuency Registration Board)— fue el de dar origen a un organismo internacional de vocación universal que permitera un sistema ordenado de alocación y registro de frecuencias, con un máximo provecho del espectro y tratando de evitar que pudieran ocurrir interferencias perjudiciales.

Algunas funciones en ese sentido venían siendo desempeñadas por la Oficina de la Unión Telegráfica Internacional (Oficina de Berna). Sin embargo, los Estados Unidos de América, que son en gran parte los inspiradores de la idea del IFRB, proponían un organismo regulador del espectro de radio con amplios poderes. Algo así como la

44. Ibídem, págs. 565-6.

45. Artículo 11 cit (1982).

46. Artículo 11 cit (1982).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Comisión Federal de Comunicaciones de los Estados Unidos y la Corte Internacional de Justicia.

La Unión Soviética y otros Estados no participaban de la misma concepción. Se argüía en contra que un organismo tal atentaba contra el principio de soberanía de los Estados. Se le consideraba también como una tentativa de "interferir con sus decisiones en materias internas, especialmente con vista del hecho de que la cuestión de la alocación de frecuencias toca intereses vitales de cada país y teniendo en cuenta que cualquier decisión que se pudiera tomar permanecería en vigencia por mucho tiempo".[47]

No obstante esa oposición, el IFRB fue creado como un órgano permanente de la UIT en la Conferencia de Plenipotenciarios de Atlantic City.[48] Originalmente estuvo compuesto de once miembros elegidos por las conferencias mundiales de radiocomunicaciones. Posteriormente, y después de una tentativa de supresión como órgano independiente durante la Conferencia de Montreux, el número de sus miembros se redujo a cinco, y actualmente son elegidos por la Conferencia de Plenipotenciarios. Su escogencia se hace entre los candidatos propuestos por los miembros de la UIT y manteniendo una representación equitativa de las diversas regiones del mundo.[49]

Cada miembro del IFRB tiene derecho a un voto y se indica la conveniencia de que sus decisiones se tomen por unanimidad, dada la idea fundamental de que el mismo debe decidir como una unidad orgánica.[50] Lógicamente los miembros del IFRB deben tener la capacidad técnica necesaria en materia de asignación de frecuencias y utilización del radio espectro. Pero lo más importante es que en virtud de la delicada misión que cumplen, deben actuar en forma imparcial en tanto en cuanto se les considera investidos de un mandato internacional, por lo que no actúan en representación de sus respectivos países ni de una región determinada.[51]

A pesar de que la idea original era muy clara y precisa, actualmente es difícil definir con precisión el IFRB en tanto que órgano de la UIT, debido a la disparidad de atribuciones que le han sido asignadas. En resumen, parece "un tribunal que define el *status* legal de las estaciones y su interpretación de la ley aplicable; parece una oficina encargada de registrar las asignaciones llevadas a cabo por las administraciones; parece un servicio de mediación y conciliación en sus esfuerzos por resolver las disputas existentes sobre interferencias perjudiciales; parece una agencia administrativa en la aplicación de los estándares técnicos de aplicación general, la formulación de procedimientos para mejorar las tareas estatutarias y la necesidad de determinar el alcance de su jurisdicción; y, por último, parece una agencia técnica de ayuda a los países en desarrollo".[52]

2) Funciones del Comité Internacional de Registro de Frecuencias.

Además de la colaboración que debe prestar para la realización de las conferencias específicas, corresponden al IFRB dos funciones importantísimas: "a) Efectuar la inscripción y registro metódicos de las asignaciones de frecuencias hechas por los diferentes países, de acuerdo con el procedimiento establecido en el Reglamento de Radiocomunicaciones y —en su caso— con las decisiones de las conferencias competentes de la Unión, con el fin de asegurar su reconocimiento internacional oficial; b) Efectuar en las mismas condiciones y con el mismo objeto, la inscripción metódica de las posiciones asignadas por los países a los satélites geoestacionarios; y asesorar a los miembros con miras a la explotación del mayor número posible de canales radioeléctricos en las regiones del espectro de frecuencias en que pueden producirse interferencias perjudiciales y a la utilización equitativa, eficaz y económica de la órbita de los satélites geoestacionarios, teniendo en cuenta las necesidades de los miembros que requieren asistencia, las necesidades específicas de los países en desarrollo, así como la situación geográfica especial de determinados países".[53]

Como hemos dicho, el espectro de frecuencias radioeléctricas está constituido por "las invisibles e impalpables corrientes de éter que son las ondas

---

47. COODING; *The International Telecomunications Union: an experiment in the international cooperation (1952)*, cit. por LEIVE; supra nota 12, pág. 65.

48. MINISTERO DELLE POSTE E DELLE TELECOMUNICAZIONI; *Le Organizzazioni Mondiali delle Poste e delle Telecomunicazioni*, Roma, 1960, pág. 45.

49. Artículo 10 cit. (1982).

50. Artículo 365-6 del Reglamento de Radiocomunicaciones.

51. Artículo 10 cit.(1982).

52. LEIVE; supra nota 12, págs. 25-6.

53. Artículo 10 cit.(1982).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

herzianas",[54] las cuales constituyen un recurso natural a la disposición de todos. No obstante, este recurso presenta algunas características que hacen indispensable un acuerdo acerca de su utilización, en ausencia del cual las comunicaciones internacionales devendrían caóticas. Si bien es cierto que es un recurso inagotable pues el espectro de frecuencias no desaparece con su empleo, (ya que si una estación cesa sus emisiones la frecuencia liberada es, inmediatamente y sin limitación de tiempo, transmisible a otra estación) con todo es también un recurso sujeto a límites, principalmente el proveniente de las interferencias perjudiciales con otras emisiones. En ese sentido es un recurso "escaso", pues debe ser compartido por los Estados a fin de permitir una comunicación libre de interferencias.

La función del IFRB es precisamente la de facilitar esa cooperación. Por supuesto que dicha tarea no es fácil cuando se deben confrontar los intereses diversos, como los de los países que gozan de los medios técnicos para la explotación de ese recurso y otros que no los poseen.

Sucede lo mismo, *mutatis mutandis,* con la órbita de los satélites geoestacionarios. Los satélites geoestacionarios son aquellos que pueden ser colocados en una órbita circular ecuatorial a 36.000 km sobre el ecuador terrestre. La franja en esa posición y a esa altura alrededor de la Tierra se llama órbita geoestacionaria. Los satélites ubicados en esa posición y que viajen a la misma velocidad de rotación de la Tierra, se mantienen fijos en un punto desde la perspectiva de la estación en tierra, con lo cual no es necesario que ésta se mueva para rastrear el satélite sino que ambos pueden permanecer en una misma y continua posición de recepción y transmisión intercomunicados sin necesidad de moverse.

La órbita de los satélites geoestacionarios es también un recurso escaso, ya que por un lado dos satélites no pueden ocupar la misma posición orbital so pena de colisión; y por otra parte deben mantener una distancia entre ellos para impedir interferencias perjudiciales en sus transmisiones. Como dijimos, sólo ciertos países altamente desarrollados en el campo de la tecnología pueden lanzar satélites, y por lo mismo hacer uso de ese recurso. Además, sólo ellos explotan también las frecuencias de radio necesarias para la transmisión de los satélites.

En la labor de regulación para el disfrute de estos dos recursos naturales, se han establecido algunos principios jurídicos cuyo contenido y alcance conviene precisar.

B. Principios generales que regulan la repartición del espectro de frecuencias de radio.

1) El principio de no interferencia perjudicial.

Ya hemos explicado cómo el principio de la no interferencia perjudicial surgió como una necesidad propia de la explotación del radio espectro, y fue desde sus orígenes mencionado en las convenciones y reglamentos internacionales de radiocomunicaciones. Hemos citado asimismo, los artículos de los actuales instrumentos jurídico-internacionales en los cuales este principio viene incorporado. En ellos se establece que toda estación de telecomunicaciones, debe ser establecida y operar de tal manera que no resulte una interferencia perjudicial con los servicios de comunicaciones de los otros miembros de la UIT o agencias privadas reconocidas.

Se puede decir que el principio de la no interferencia tiene total aceptación, como resultante lógico de la necesidad de mantener las comunicaciones libres de interferencias perjudiciales. El problema está en la forma de aplicarlo y las reglas para su formalización. Dicho en otros términos, si dos estaciones operan en la misma frecuencia y se producen mutua interferencia, hay que determinar cuál de ellas tiene "derecho" por así decirlo, a utilizarla. El principal objetivo del Reglamento de Radiocomunicaciones es precisamente tratar de fijar las reglas para determinar cuál estación tiene la prioridad cuando las transmisiones se causan una interferencia inaceptable.

Las Conferencias Administrativas Mundiales de Radiocomunicaciones (CAMR) contribuyen en gran parte a la elaboración de un régimen de asignación de frecuencias. Éste se consolida en los reglamentos que sin embargo, acusan la tendencia a establecer al cabo de los años, procedimientos cada vez más elaborados y principios legales menos claros.[55]

Para obtener una comprensión general hay que distinguir ante todo entre la planificación internacional de las "atribuciones de frecuencias" y la "asignación de frecuencia". La primera consiste en dividir el radio espectro en bandas y atribuirlas en tanto sea posible a título exclusivo, entre los diferentes servicios de telecomunicaciones. Lo anterior, a fin de evitar la interferencia entre ellos y procurar la más apta banda al tipo de servicio. Esta atribución se realiza por medio de una "Tabla de

---

54. GRANDE; supra nota 11, págs. 25-6.

55. LEIVE; D. *Regulating the use of the radio spectrum*, SJIS, 1970, v. V, pág. 34.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Alocación de Frecuencias". Esta se elabora por las Conferencias Administrativas Mundiales de Radiocomunicaciones y ponen en juego principalmente los intereses técnicos. Así por ejemplo, fue durante la CAMR de 1959 cuando por primera vez se atribuyeron frecuencias a los servicios espaciales, sobre todo para la operación de satélites que hasta ese momento no existían.

La asignación de frecuencia consiste, como lo indica su nombre, en la asignación de una determinada frecuencia a cada estación en la banda adecuada. Esta es realizada por los Estados e interesa directamente a los mismos. La planificación por estaciones se traduce en el establecimiento de una Lista Internacional de Frecuencias, en la cual se recoge en forma de columnas las frecuencias asignadas a cada estación.

Por razones tanto políticas como jurídicas hasta ahora no ha sido posible diseñar un plan mundial completo de una lista de asignación de frecuencias. Históricamente por ejemplo, después de la segunda guerra mundial los países occidentales querían redistribuir las frecuencias según las necesidades de los Estados y con base en diversos factores técnicos. En cambio, la Unión Soviética deseaba solamente consagrar las prioridades adquiridas antes de la guerra e inscritas en la Lista de Berna y anular las frecuencias asignadas después de la guerra.[56]

A falta de una planificación obligatoria, los Estados mantienen la libre escogencia de sus frecuencias. De ahí la importancia de un reconocimiento internacional a fin de presumir las asignaciones regulares contra toda interferencia de estaciones no reconocidas.

2) El principio del reconocimiento internacional de la asignación de frecuencias.

La aplicación del principio de no interferencia depende en gran parte de la protección acordada a la asignación de frecuencias.

Sin planificación alguna, el sistema más elemental de repartición de frecuencias es el de la ocupación unilateral por los Estados de una frecuencia que le valga de título para no permitir interferencias. De ahí se siguió la práctica de "primer llegado, primer servido" (aplicación del aforismo jurídico "primero en tiempo, primero en derecho"), según la cual el reconocimiento internacional de una asignación de frecuencia se hace en favor de quien sea el primero en el uso de la misma.

Este sistema reposa inicialmente sobre la base de la fecha, ya sea de funcionamiento de la emisión o de la notificación a los órganos internacionales competentes. Posteriormente, a partir de 1947 se establece que el reconocimiento internacional oficial debe tener en cuenta no sólo la fecha sino, en alguna medida, la regularidad de la asignación y de la notificación. El control de esa regularidad corresponde como dijimos, al IFRB. Su tarea en este aspecto es puramente técnica, pues consiste en efectuar una inscripción metódica de las asignaciones de frecuencias hechas por los diferentes países, a fin de fijar la fecha, la finalidad y las características técnicas de cada una de esas asignaciones para asegurarles un reconocimiento internacional.

El principio de la regularidad o de la conformidad de la asignación con la convención y los reglamentos respectivos, viene en cierto modo a romper con la práctica del primer llegado primer servido. Una estación que opera de acuerdo con la convención y los reglamentos sería protegida contra una estación que no esté en regla, independientemente de cuál de ellas inició primero sus operaciones o notificó al IFRB.

Por otro lado, antes que cualquier otra, están cubiertas las estaciones que reciben un derecho de protección internacional expreso y específico contra toda interferencia perjudicial. Esto es, aquellas sobre las cuales los miembros de la UIT han llegado, por la vía del Reglamento de Radiocomunicaciones, a planificar frecuencias específicas asignándolas directamente a determinar áreas o países. Estos planes, así como la protección correspondiente se aplica sólo a una pequeña parte del espectro de frecuencias. En cuanto a su mayor parte no existe un acuerdo internacional similar, y por lo tanto no hay derecho explícito a la protección internacional.[57]

No obstante la existencia de algunos criterios, la solución de una eventual disputa entre estaciones que se interfieren mutuamente no resulta fácil. La aplicación de los mismos se dificulta por lo complicado de los procedimientos en la asignación de frecuencias y por las débiles facultades otorgadas al IFRB para resolver las controversias y organizar las asignaciones.

En primer término, toda asignación de frecuencia que haga un Estado a cualquier estación debe ser notificada al IFRB para recibir la protección jurídica internacional. Este examina

---

56. **GOY; supra nota 4, pág. 577.**

57. **LEIVE; supra nota 12, pág. 35.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

entre otras cosas, la conformidad de la misma con las normas de la convención y los reglamentos, así como la posibilidad de que pueda causar interferencia perjudicial a una frecuencia ya inscrita. Sin embargo, debe señalarse que en ningún caso el IFRB puede negarse a un cierto reconocimiento, puesto que a pesar de la asignación irregular debe inscribirla en la columna de "Notificaciones". Las asignaciones encontradas regulares se inscriben en otra columna, la de "Registros", y son estas las que tienen derecho a la plena protección internacional. Pero no se indica qué clase de protección gozan las asignaciones que se quedan en la columna de Notificaciones.

Las dificultades no terminan ahí. En caso de conflicto el IFRB no tiene potestad alguna para resolver una eventual controversia, y su poder se limita a un papel de mediador. La idea inicial de convertirlo en un órgano con amplios poderes no se concretó en la realidad y en este aspecto el IFRB depende de la cooperación de los miembros de la UIT. En ausencia de un poder coercitivo real y de sanciones, lo más que se puede esperar es que sus miembros "vean en su propio interés la necesidad de actuar a sus decisiones y de operar en un radio espectro libre de interferencias".[58] Porque aun cuando en un determinado caso resulten con claridad los derechos y obligaciones de las dos administraciones que reclaman una determinada asignación, el IFRB se tiene que limitar a sugerirles que sigan sus recomendaciones.

Por lo anterior se ha sugerido fortalecer el papel del IFRB, dándole mayores poderes para que pueda cancelar las asignaciones que no están siendo utilizadas y aclarar los principios legales que deben regir las disputas sobre interferencias perjudiciales; asimismo, mejorar el procedimiento de solución de conflictos[59] para que permita hacer del IFRB un órgano más independiente y efectivo. Pero sobre estas sugerencias priva siempre la voluntad de los Estados de conservar para sus administraciones el poder decisorio en cuanto a la asignación de frecuencias. Esto en el fondo, es el reflejo de que los Estados miembros de la UIT no tienen intención de trasladar a un organismo internacional la facultad de definición en materia tan importante como la de las telecomunicaciones en general. Por ello no es de extrañar que algunos definen el IFRB como "un órgano más bien pasivo, reducido su papel al de registro de notificaciones".[60]

Los principios generales antes mencionados lógicamente han evolucionado con el transcurso del tiempo y de las nuevas técnicas. Las comunicaciones espaciales, como veremos seguidamente, han influenciado notablemente ese desarrollo.

SECCIÓN SEGUNDA:

PRINCIPIOS ESPECÍFICOS QUE REGULAN LA ÓRBITA GEOESTACIONARIA Y EL RADIO ESPECTRO PARA LAS TELECOMUNICACIONES POR SATÉLITE

A. Principios particulares que regulan la órbita radio espectro.

1) Fundamento de la planificación del recurso órbita radio espectro.

Después de la Conferencia de Atlantic City en 1947, la sociedad internacional ha conocido profundos cambios. En el campo técnico que nos interesa, se ha logrado un avance que ha permitido descifrar frecuencias cada vez más altas y con mayor capacidad de transmisión. Asimismo, se ha perfeccionado y aumentado la potencia de las estaciones emitentes. Y sobre todo, por supuesto, se ha habilitado el espacio ultraterrestre por medio de satélites aplicados a las telecomunicaciones.

En el campo geopolítico, se asistió al fenómeno de la descolonización, que dio lugar al nacimiento de gran cantidad de nuevos Estados, la mayor parte de ellos ex colonias que constituyen lo que ahora se denomina países en desarrollo. Estos cambios han tenido un claro efecto sobre las organizaciones internacionales y la UIT no ha sido la excepción. Se puede afirmar que sus conferencias han sido permeadas por consideraciones económicas y políticas, y no exclusivamente téc-

---

58. ICKOWITZ; A. *The role of the International Telecommunications Union in the settlement of harmful interference disputes*, CJTL, v. 13, núm. 1, pág. 87.

59. Ibídem, págs. 92-4. En igual sentido LEIVE; supra nota 55, págs. 41-52.

60. JACOBSON; supra nota 23, pág. 62.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nicas; y se ha instalado una nueva mayoría de los países del Tercer Mundo que ha cambiado definitivamente la anterior hegemonía ejercida por un reducido número de países desarrollados.[61]

Los países en desarrollo comenzaron a señalar que los desequilibrios económicos y sociales que existen entre las diferentes partes del mundo, se encuentran también en el campo de las telecomunicaciones. Se afirma que antes de 1979 el 90 por ciento del espectro de frecuencias radioeléctricas había sido apropiado por los países industrializados.[62] Los países en desarrollo empiezan a reivindicar una repartición más equitativa del radio espectro, como parte del movimiento que ahora se conoce como a favor de "un Nuevo Orden Internacional de la Información".

La posibilidad de influir en las conferencias de la UIT bajo el sistema de decisión basado en el derecho de un voto a cada Estado, ha permitido a los países en desarrollo iniciar un proceso de cambio en relación con los principios que gobiernan la repartición de frecuencias entre Estados. Se ha opuesto el principio de una más justa e igualitaria repartición al principio del primer ocupante, el cual favorece esencialmente a los países técnicamente avanzados; y se ha procurado un mayor control internacional.

La aplicación de este nuevo principio conlleva variaciones en el sistema de asignación de frecuencias. En lugar de la ocupación unilateral, la planificación del espectro de radio garantiza una equitativa redistribución y una preservación de las necesidades futuras, por medio de una reservación "a priori" de las frecuencias.

Los países industrializados —y sobre todo los Estados Unidos de América— consideran esta posición inconveniente porque dicen que la reservación para un uso futuro llevaría a un desperdicio de la frecuencia, la cual no sería utilizada por años; y que además, promueve un almacenamiento inútil de dicho recurso e impide la explotación a corto plazo de los progresos de la técnica. En pocas palabras, la planificación haría ineficiente el uso de esos recursos.[63]

La conjunción de dos principios, el del acceso equitativo y el de la eficiencia en la utilización del radio espectro, constituyen la base de los principios que guían actualmente en forma específica la atribución de frecuencias para las telecomunicaciones por satélite.

2) La órbita geoestacionaria y los principios de la igualdad y eficiencia de su utilización.

El principio de la no interferencia perjudicial mantiene todo su valor también en el campo de las telecomunicaciones por satélite. Aquí sin embargo, la forma de lograr la no interferencia difiere del sistema del primer ocupante. A ello han contribuido los factores antes mencionados, pero en igual medida ha influido la introducción de este nuevo elemento en las telecomunicaciones: la órbita de los satélites geoestacionarios.

Los satélites geoestacionarios son aquellos colocados en una órbita circular y perpendicular al ecuador terrestre a una distancia aproximada de 36.000 km. Hemos dicho también que la franja en esa posición y a esa distancia de la Tierra se le llama órbita geoestacionaria.

El Reglamento de Radiocomunicaciones define un satélite geoestacionario como aquel "satélite geosincronizado cuya órbita circular y directa está situada en el plano del ecuador terrestre y que en consecuencia, está fijo en relación con la Tierra; por extensión, satélite que permanece aproximadamente fijo respecto de la Tierra". A su vez, se define como satélite geosincronizado aquel "satélite de la Tierra cuyo periodo de revolución es igual al período de rotación de la Tierra sobre su propio eje".[64]

Como se desprende de su definición, una de las ventajas del satélite geoestacionario es que se mantiene en un punto fijo en relación con la Tierra y por lo tanto visible de la estación terrena con la cual puede sostener un ininterrumpido enlace de comunicación. Esto hace que este tipo de satélites, y por lo mismo la órbita en la que giran, sea especialmente apta y útil para los satélites de telecomunicaciones que pueden así mantener un servicio continuo. Este tipo de satélite puede además, cubrir un enlace con un tercio de la superficie terrestre, de tal forma que bastarían tres satélites geoestacionarios para poder asegurar un servicio mundial de telecomunicación.[65] En cambio un satélite en órbita elíptica, o sea no determinada o sincronizada, permanece sobre un punto de la Tierra únicamente por un período limitado de tiempo.

---

61. ROBINSON; G. *Regulating International Airways: The 1979 WARC*, VJIL, 1980, v. 21, núm. 1, pág. 33.

62. COURTEIX; S. *La Conférence Administrative Mondiale de Radiocommunications de 1979 et le nouvel ordre international de l'Ether*, AFDI, 1980, v. XXVI, pág. 633.

63. ROBINSON; supra nota 61, págs. 27-8.

64. Artículos 1, 180 y 181.

65. MATTEESCO; N. *Droit Aérospatial, Les Télécommunications par satellites*, ed. Pedone, París, 1982, pág. 10.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Se ha estimado que se necesitarían al menos 18 satélites en órbita elíptica, para poder suministrar un servicio de telecomunicaciones a todas las regiones del globo terrestre.[66]

A la utilidad antes señalada de los satélites geoestacionarios se añade el problema de que la órbita geoestacionaria es también un recurso escaso. Es indispensable que dos satélites no ocupen la misma porción de la órbita geoestacionaria para evitar un eventual choque entre ambos y porque igualmente se pueden causar interferencias a sus respectivas tansmisiones.

Por otro lado, desde sus inicios (y aún actualmente) sólo pocos países altamente desarrollados tecnológicamente tienen la capacidad de lanzar directamente satélites, y en consecuencia, de hacer uso de ese recurso y de utilizar también las frecuencias de radio necesarias para las transmisiones por satélite. De modo que la aplicación de la ley del primer ocupante favorecería exclusivamente a esos pocos países, y por esa misma razón, el derecho de otras naciones a disfrutar de un recurso comunitario y escaso no estaría siendo preservado.[67]

Lo anterior explica en parte los esfuerzos de los países en desarrollo por alterar el viejo principio del primer uso, en lo cual ha tenido una influencia significativa la evolución jurídica operada en el campo del Derecho Espacial.

Este derecho proclama que el espacio no está sujeto a apropiación nacional por vía de uso, por ocupación o de ninguna otra manera; y que su utilización debe hacerse en provecho e interés de todas las naciones porque constituye un patrimonio común de toda la humanidad. Esto sirve al menos de justificación a la tesis de la igualdad en el acceso a un recurso común a todos los Estados.

Partiendo esencialmente de la premisa de que la órbita geoestacionaria y el radio espectro constituyen una "res communes" y a su vez son recursos limitados, los dos principios primordiales que han guiado su regulación en relación con las telecomunicaciones por satélite (o espaciales) son el de la eficiencia y de la equidad en su utilización.

La delimitación de esos principios ha requerido de una más amplia regulación internacional por medio de una nueva normativa específica. Esta ha comenzado a consolidarse por medio de la CAMR para las telecomunicaciones espaciales de 1971, la CAMR para el servicio de difusión por satélite de 1977, la Conferencia de Plenipotenciarios de la UIT de 1973 y la última CAMR de 1979. Cada una ha contribuido en forma progresiva a la consolidación de esos principios.

3) Contribución de las conferencias de la UIT en la formulación de los principios específicos de las telecomunicaciones.

Las conferencias antes citadas tienen su antecedente inmediato en la CAMR de 1959, que inició la regulación de las telecomunicaciones por satélite con la definición de los varios tipos de servicios espaciales y la atribución de bandas en las cuales esos servicios podían operar. Seguidamente en la CAMR de 1963, denominada Conferencia Espacial, por primera vez la UIT autorizó la utilización simultánea de ciertas frecuencias en una área común por dos diferentes clases de servicios: terrestres y por satélite.[68]

Esta idea de compartir una banda entre diferentes servicios implica el establecimiento de un procedimiento de coordinación entre los servicios de las bandas comunes. La coordinación constituye ya un concepto nuevo en la regulación de esta materia, que se impone a toda administración que pretenda poner a operar una estación en la banda compartida, antes de proceder a la notificación y al registro de la asignación de frecuencia. Esto con el objeto de asegurar, una vez que una estación terrestre inicia sus operaciones, que no causará ni recibirá interferencias de otras estaciones.

Esta coordinación sin embargo, no es suficiente. Una frecuencia puede ser registrada y recibir la misma protección que recibe cualquier otra estación, pues la coordinación no es un verdadero requisito del registro, sino sólo una instancia a las administraciones para que hagan un esfuerzo de coordinación, sin estar obligadas a llegar a un acuerdo.[69]

Es en la CAMR para las telecomunicaciones espaciales de 1971 que se adopta un elaborado sistema de coordinación de los sistemas de satélites geoestacionarios en cuanto tales. En esta conferencia se reformó el Reglamento de Radiocomunicaciones para restringir aún más la libertad de acción unilateral de los Estados en el campo de las telecomunicaciones por satélites o espaciales. Las más importantes restricciones son las obligaciones de: a) enviar al IFRB toda la información sobre cada

66. Ibídem.

67. GARMIER; supra nota 29, pág. 105.

68. ROTHBLATT; M. *ITU regulation of satellite communication*, SJIL; 1982, v. XVIII, núm. 1, pág. 6.

69. Un detalle del procedimiento de coordinación se puede consultar en LEIVE; supra nota 12, págs. 215-228.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sistema de satélite propuesto, b) coordinar con otras administraciones para eliminar potenciales interferencias, y c) diseñar el sistema de satélite de manera que minimice las transmisiones sobre territorios extranjeros.[70]

En esta conferencia de 1971, respondiendo a la idea de la interdependencia de los Estados en materia de telecomunicaciones y la consecuente necesidad de un mayor control internacional, se prepara también el camino con la definición de un nuevo servicio: el servicio de radiodifusión por satélite, atribuyéndole las bandas sobre la base de un criterio de universalidad.

Otro aporte de esta conferencia es la adopción de una resolución poniendo en evidencia que el registro de asignaciones de frecuencias para los servicios espaciales específicamente, no da derecho alguno de prioridad permanente. En esta resolución número Spa-2-1, considerando el carácter de recurso natural limitado del radio espectro y de la órbita geoestacionaria, se declara: "Que el registro en la UIT de asignación de frecuencias para el servicio de radiocomunicaciones espaciales y su uso no conceden prioridad permanente alguna de ningún país o grupo de países y no crea un obstáculo al establecimiento de sistemas espaciales de otros países"; además impone la obligación de "tomar todas las medidas necesarias para conseguir la posibilidad de uso de sistemas espaciales nuevos por parte de otro país o grupo de países que lo deseen".[71]

La idea-fuerza de la citada resolución no quedaría por mucho tiempo sin seguimiento. En la Conferencia de Plenipotenciarios de 1973, (Málaga, Torremolinos) se adoptó una revisión del artículo 33 del CIT. En ella se reafirma el carácter de recursos naturales limitados del radio espectro y de la órbita geoestacionaria, y la consiguiente necesidad de "permitir un acceso igualitario a esa órbita y esas frecuencias a los diferentes países o grupos de países, según sus necesidades y los medios técnicos de que puedan disponer".

Se convierten así en normas jurídicas internacionales los principios de la utilización eficiente del recurso órbita/espectro y el principio de la igualdad de derechos de todos los países para su disfrute. Para el logro de dichos objetivos se encarga al IFRB la tarea de registrar las órbitas de los satélites geoestacionarios asignadas por los países, como venía haciéndolo con las frecuencias de radio, y de aconsejar a los miembros de la UIT sobre "la operación del máximo número posible de canales de radio en aquellas porciones del espectro donde una interferencia perjudicial puede ocurrir, y con vista a un uso equitativo, efectivo y económico de la órbita de los satélites geoestacionarios".[72]

La CAMR de radiodifusión por satélite de 1977 aumenta, al menos para este servicio, el control internacional de la UIT, y prácticamente rompe el principio tradicional del primer ocupante. En esta conferencia se concluyó que la mejor manera de cumplir con los principios antes citados era por medio de la elaboración de un plan de asignación de la órbita/espectro que garantizara a priori, un acceso a dichos recursos por parte de todos los países. De este modo se adoptó un plan aplicable al servicio de radiodifusión por satélite en la banda de los 12 GHz, mediante el cual se asigna a todos y cada uno de los miembros de la UIT las frecuencias y las posiciones orbitales que pueden emplear para ese servicio.

Como sobre todo los países en desarrollo no pueden, (ni en un futuro previsible podrán) hacer uso de esas asignaciones planificadas, se afirma que este nuevo esquema sacrifica la eficiencia en favor de obtener un acceso más justo. Esta ineficiencia según algunos, puede ser en parte atribuida al "resentimiento por las iniquidades del viejo régimen. Bajo las tradicionales reglas las primeras naciones en colocar satélites en órbita adquirieron ventaja significativa sobre las otras".[73]

Aun cuando ese plan de asignación nominal de la órbita/espectro no puede representar una apropiación de dichos recursos, el mismo altera el criterio anterior porque en caso de una disputa por interferencia perjudicial, la prioridad será para el Estado cuyo servicio esté en conformidad con ese plan y no para aquel que hubiera puesto de primero en operación el servicio.

En opinión de otros, la planificación adoptada en este servicio se debe, más que a una tendencia hacia el reequilibrio de la balanza, a que se trataba para muchas naciones, de poder controlar las emisiones de fuente extranjera en sus países. Es decir, "de evitar ser sumergidos por un flujo

---

70. ROTHBLATT; supra nota 68, pág. 9.

71. El texto de la resolución se encuentra en RANKIN; C. *Utilization of the geoestationary orbit —a need for orbital allocution?*. CJTL, 1974, v. 13, núm. 1, págs. 106-7, nota 47.

72. Artículo 10 cit.

73. ROTHBLATT; supra nota 68, pág. 9.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de emisiones de radio y de televisión provenientes de satélites extranjeros".[74] Esto explicaría el porqué se estableció también en cuanto a este servicio el principio de la cobertura nacional. Las asignaciones hechas a los diferentes países según el plan están fundadas en esa idea.

La adopción del plan mencionado estaba facilitado por el hecho de que se trataba de un dominio nuevo en donde no había situaciones adquiridas. En consecuencia, era posible proceder a una repartición de la órbita/espectro de frecuencias que permitiera un acceso igual en función de las necesidades de los Estados.

La tendencia a extender este sistema de la planificación a otros servicios llevó, en la CAMR de 1979, a dos importantes resultados en materia de telecomunicaciones por satélite. En primer lugar, se reemplaza un plan interino para dividir el arco geoestacionario de la Región 2 con uno nuevo a fin de separar por frecuencias, la banda de los 12 GHz para el servicio de radiodifusión por satélite y el servicio fijo de satélite. En segundo lugar, se anuncia un nuevo principio regulador que "garantice en la práctica" un acceso igual a las posiciones orbitales y las frecuencias para todos los países.

Por medio de una resolución incorporada en las actas finales de la CAMR de 1979 como la Resolución BP, se acordó "que una Conferencia Administrativa Mundial de Radio convendrá, a más tardar en 1984, en garantizar en la práctica, a todos los países un acceso equitativo a la órbita de los satélites geoestacionarios y a la atribución de frecuencias para los servicios espaciales".[75] En la primera de sus sesiones se debería decidir cuáles servicios espaciales y bandas de frecuencia deberían ser planificadas, y "establecer los principios, parámetros técnicos y criterios para la planificación".[76]

La forma de obtener esa garantía de igualdad en la práctica puede variar. Se han propuesto dos métodos principalmente. El primero de ellos sería por medio de un procedimiento de arreglo a posteriori. Es decir, siguiendo el sistema del primer ocupante y estableciendo un criterio de arreglo o un procedimiento para que los Estados sobrevinientes tengan también acceso a esos recursos.

El segundo método es la asignación a priori de la órbita/espectro, tal y como se hizo en la Conferencia Administrativa Mundial de Radiocomunicaciones de 1977. A pesar de que se afirma que este sistema es inflexible e ineficiente,[77] la frustración con el procedimiento a posteriori existente y la falta de otro sistema a posteriori alternativo, tienden a aumentar la preferencia de los países en desarrollo a adoptar el mecanismo a priori en la Conferencia de 1984.[78]

No han faltado proposiciones o estudios que niegan validez a este último sistema. Se ha afirmado que la regulación internacional del espectro/órbita se debe fundar en el llamado principio de la máxima dispersión de los canales (maximum channel dispersion). Este requiere que los canales de telecomunicación por satélite sean incrementados todo lo posible, aumentando al máximo cada una de las tres dimensiones funcionales de todo canal: la profundidad, la dirección y la distribución. Se ha concluido, según un análisis "jurimétrico" de esas potencialidades, que el régimen legal basado en el diseño tradicional (a posteriori) de la órbita/espectro cumple con ese principio de la máxima dispersión de los canales en una mayor medida que las reglas basadas en un plan de la UIT.[79] Sin embargo, con este criterio no se logra un balance entre la eficiencia y la igualdad de acceso a esos recursos, por cuanto privilegia fundamentalmente el primero de esos principios.

B. Estatuto jurídico de la órbita geoestacionaria.

1) Surgimiento de la controversia sobre el estatuto jurídico de la órbita geoestacionaria.

El principio de la igualdad de acceso a la órbita geoestacionaria deriva directamente de la convicción de que se trata de un recurso natural limitado y perteneciente a toda la humanidad. Esta limitación proviene de las fronteras físicas de la franja sobre el plano del ecuador terrestre que constituye la órbita geoestacionaria, y que por sus dimensiones puede contener entre 180 y 1.800 satélites, dependiendo del diverso criterio que se tenga en cuanto al mínimo de distancia que se requiere entre satélites geoestacionarios para evitar una colisión.

---

74. COURTEIX; supra nota 62, pág. 635. En igual sentido RUTKOWSKI; A. *The 1979 World Administrative Conference: The ITU in a changing world*, IL, 1979, v. 13, núm. 2, pág. 295.

75. ROTHBLATT; supra nota 68, pág. 14, nota 69.

76. Ibídem.

77. RUTKOWSKI; supra nota 74, pág. 307.

78. ROTHBLATT; supra nota 68, pág. 16.

79. ROTHBLATT; *Satellite communications and spectrum allocution*, AJIL, 1982, v. 76, núm. 1, pág. 73.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

El criterio de la distancia de seguridad entre satélites varía según se tomen en cuenta diversos factores como el tamaño del satélite, la estabilidad de la órbita, el estado de la tecnología al momento, etc. Como hemos visto, el grado de tolerancia a las interferencias electromagnéticas es uno de los aspectos más importantes, y de ahí que se hable conjuntamente de la órbita/espectro, pues la prevención de interferencias radioeléctricas perjudiciales con otros satélites cercanos u otros usos del radio espectro constituye un aspecto básico de su utilización.

Se ha estimado que entre 1980 y 1991, 274 satélites geoestacionarios serán lanzados y que en 1990 habrá 239 satélites activos en la órbita geoestacionaria.[80] Ahora bien, la capacidad para contener satélites en la órbita geoestacionaria sin peligro de colisión puede verse disminuida si se toma en cuenta la posibilidad ya en proyecto, de construir grandes plataformas espaciales para la recolección y transmisión de energía solar.[81]

Por otro lado, según una opinión extendida entre los expertos en materia espacial, si se tratara de satélites de telecomunicaciones (para los cuales la órbita geoestacionaria, como dijimos, es especialmente útil y apta), el número de satélites en esa órbita no podría superar el número inferior antes mencionado, es decir los 180 satélites, so pena de interferencia mutua.[82]

No ha faltado quien afirme que la escasez de la órbita/espectro es más un mito que una realidad previsible, desde el punto de vista tecnológico y científico;[83] pero la posición política y jurídica universalmente aceptada sostiene el carácter escaso de ese recurso.

Ahora bien, dos proposiciones han venido a introducir una polémica en cuanto al alcance e implicaciones de esa escasez, referida a la órbita geoestacionaria, así como a su verdadero estatuto jurídico. La primera de esas afirmaciones provino de la delegación francesa al Grupo de Trabajo sobre la Televisión Directa de Satélite, que en una reunión en 1969 sostuvo que "el uso de los satélites geoestacionarios puede ser considerado como una 'apropiación' de la órbita ecuatorial, que es una porción privilegiada del espacio. En contrapartida por esta ocupación de facto, el Estado responsable por el satélite debe estar de acuerdo en someterse a ciertas normas".[84]

La segunda declaración fue del delegado de Colombia. El 14 de octubre de 1975, ante la Primera Comisión de la Asamblea General de la ONU, afirmó por vez primera que "su país estimaba que el sector espacial de la órbita geoestacionaria situada sobre el territorio colombiano constituía un recurso natural de su país y que por ese hecho se encontraba bajo su soberanía".[85]

A esta declaración unilateral e informal, se siguió otra plurilateral y formal que resume en sí misma los aspectos sobresalientes de la controversia sobre el estatuto jurídico de la órbita geoestacionaria. Se trata de la llamada Declaración de Bogotá adoptada solemnemente el 3 de diciembre de 1976 y por medio de la cual ocho países ecuatoriales declararon su soberanía sobre el segmento de la órbita geoestacionaria que se encuentra sobre sus respectivos territorios.[86]

Desde entonces la cuestión ha sido sometida a diversos foros internacionales. La UIT determinó que no era de su competencia y el asunto se planteó entonces en el seno del Comité del Espacio, en cuyo subcomité constituye uno de los puntos de examen y discusión.

2) Las diversas tesis sobre el estatuto jurídico de la órbita geoestacionaria.

La Declaración de Bogotá se fundamenta en varios argumentos tanto de carácter científico como jurídico. Pero en ambos planos ha sido objeto de refutación por parte de otros países. Conviene analizar ambas posiciones aunque sea en forma resumida.

a) La tesis de los países ecuatoriales.

La Declaración de Bogotá[87] afirma que la órbita geoestacionaria es un hecho físico que responde al fenómeno de la gravedad engendrado por la Tierra y como tal, ligado al territorio de los Estados subyacentes del cual forma parte integran-

---

80. GOROVE; S. *The geostationary orbit: Issues of Law and Policy*, AJIL, 1979, v. 73, núm. 3, pág. 446.

81. CHRISTOL; C. *The geoestationary orbital position as a natural resource of the space environment*, NILR, 1979, v. XXVI, núm. 1, pág. 8.

82. GORBIEL; A. *Le statut international juridique de l'orbite geoestationaire*, RFDA, 1978, v. XXXII, pág. 305.

83. HINCHMAN; W. *Issues in spectrum resource management*, en *The future of satellite communications, resource management and the needs of Nations, the Twentieth Century Fund (1970)*, pág. 51; cit. por CHRISTOL; supra nota 81, pág. 7.

84. Cit. por RANKIN; supra nota 71, pág. 100.

85. COUTEIX; S. *Questions d'actualité en matière de Droit de l'Espace*, AFDI, 1978, v. XXIV, pág. 892.

86. Brazil, Congo, Ecuador, Indonesia, Kenia, Uganda, Zaire y Colombia.

87. El texto completo de la declaración se puede consultar en MATTEESCO; supra nota 65, págs. 456-60.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

te. De ahí resulta también que constituye un fenómeno único en su género, entre todas las órbitas posibles de satélites sincronizados, pues es el único lugar en el universo en donde es posible mantener un satélite en posición estacionaria. De estas características se concluye que la órbita geoestacionaria constituye un recurso natural limitado de gran importancia y cuya regulación es inseparable de una definición o delimitación del espacio ultraterrestre.

Las consecuencias jurídicas que resultan de esas premisas son en síntesis, las siguientes: mientras no exista una delimitación del espacio ultraterrestre, el Tratado del Espacio[88] no es aplicable a la órbita geoestacionaria. Esa no aplicación abarcaría tanto la cláusula de la no apropiación, (por cuanto al no existir esa delimitación los Estados pueden definir y ejercer su soberanía sobre su espacio nacional) como el principio de la libre utilización y explotación del espacio, porque en tanto que recurso natural, la órbita geoestacionaria se rige por el principio de la soberanía permanente del Estado sobre sus riquezas y recursos naturales. Este último, según fuera proclamado por la resolución 2692 de la Asamblea General de la ONU y lo dispuesto por el artículo 2 de la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados.

Finalmente, se hace hincapié en que la aplicación del principio de la libertad del espacio no es más que una estrategia de los países desarrollados para apropiarse de hecho de la órbita geoestacionaria, con perjuicio del principio de la igualdad de acceso para todos los Estados independientemente de su desarrollo económico.

De lo dicho anteriormente surgen determinados derechos y obligaciones. Así, antes de que cualquier satélite estacionario sea puesto en órbita debería obtenerse la autorización del Estado interesado, aunque se reconocería el derecho de paso inocuo. No subsistiría esa obligación cuando se trate del segmento de órbita geoestacionaria sobre las zonas de la Tierra no sujetas a la jurisdicción nacional de los Estados, como en alta mar. Y por último, en la utilización de la órbita geoestacionaria se debería dar prioridad en el beneficio a los países en desarrollo.

b) Los contraargumentos de otros países.

Sobre todo en el seno del Comité del Espacio algunos países, (especialmente los desarrollados) han refutado las anteriores argumentaciones.[89] En su criterio, la posición de un satélite artificial de la Tierra en el espacio no depende sólo de la fuerza de atracción de la Tierra, sino de otros factores como el vehículo espacial mismo. Además, la interacción entre éste y la Tierra es totalmente independiente de las fronteras políticas. Más aún, dicen algunos, no se debiera hablar de órbita geoestacionaria sino de la órbita de un satélite geoestacionario pues, según la tesis especialmente de la Unión Soviética, "sin satélite no hay órbita".[90]

Asimismo, el hecho de que la órbita geoestacionaria se ubique a aproximadamente 36.000 Km de distancia del ecuador terrestre, permite concluir que se encuentra en el espacio ultraterrestre. Y si como se afirma, se trata de un recurso natural limitado, mayor razón existe para no admitir que esté sujeto a apropiación o soberanía alguna.

De lo expuesto en el párrafo anterior se extrae la conclusión de que el estatuto jurídico de la órbita geoestacionaria no puede ser diverso del estatuto general del espacio ultraterrestre, el cual está fundado en el principio de la libertad del espacio y no permite la apropiación nacional por proclamación de soberanía.

Sostener lo contrario, (como se hace en la Declaración de Bogotá) sería opuesto a esos principios consagrados en el Tratado del Espacio y de los que constituyen normas consuetudinarias de Derecho Internacional que vinculan a todos los Estados, aun a aquellos que no lo han ratificado. Este carácter vinculante le falta precisamente a las resoluciones de la Asamblea General de la ONU, en las que se proclama el principio de la soberanía completa y permanente de los Estados sobre sus recursos naturales, pues no enuncian verdaderas normas de Derecho Internacional, además de que no fueron aprobadas unánimemente.[91]

Finalmente, la afirmación de que la órbita geoestacionaria es un recurso limitado o escaso favorece más bien el argumento más fuerte oponi-

---

88. Abreviación del Tratado sobre los Principios que deben regir las Actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del Estado Ultraterrestre, incluso la Luna y otros Cuerpos Celestes, el cual fue abierto a su firma simultáneamente en Washington, Londres y Moscú el 27 de enero de 1967.

89. COURTEIX; supra nota 85, págs. 895-902. En estas páginas se encuentran expuestas las diversas posiciones que hemos tomado como punto de referencia, aunque en forma sucinta. Al respecto véase también, CHRISTOL; supra nota 81, págs. 15-22 y GORBIEL; supra nota 82, págs 310-2, en el que se mencionan las posiciones de algunos países a la 17a.sesión del Subcomité Jurídico Espacial.

90. COURTEIX; supra nota 85, pág. 898.

91. CHRISTOL; supra nota 81, pág. 22.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ble a los Estados ecuatoriales, en el sentido de que de ser así, ese recurso en tanto que patrimonio común de la humanidad no puede ser objeto de apropiación por parte de un solo Estado, sino que debe permanecer a la disposición de todos.

En síntesis, la Declaración de Bogotá no tuvo mucha acogida. Su mérito fue que puso en evidencia la necesidad de reglamentar y administrar recursos naturales, como son la órbita geoestacionaria y las frecuencias radioeléctricas, que por su escasez deben ser utilizados en forma igualitaria y racional.[92]

Partiendo de este único punto en común de las tesis expuestas (que la órbita geoestacionaria es un recurso natural limitado), se puede concluir que por esa misma razón, la órbita geoestacionaria debe ser repartida igualitariamente entre todos los países a fin de evitar el riesgo de su saturación. El examen de un régimen jurídico especial que tenga en cuenta sus características, sigue siendo objeto de debate en el Subcomité Jurídico Espacial, en cuyo vigésimo período de sesiones (1981) se deben notar dos cambios parciales de posiciones que permiten vislumbrar un posible acercamiento.

De un lado Italia, el Reino Unido, Holanda y Estados Unidos admiten que es razonable elaborar una reglamentación que tenga en cuenta el carácter sui géneris de la órbita geoestacionaria, aunque no todos creen que su elaboración sea urgente.[93] Y por otro lado, Colombia parece haber matizado su posición pues no reclama soberanía absoluta sobre la órbita geoestacionaria, sino el derecho a un cierto control de decisión sobre lo que llama su cielo territorial.[94] Habrá que esperar para verificar si estas concesiones son suficientes para encontrar una solución definitiva y establecer un régimen jurídico especial de la órbita geoestacionaria, en el cual los principios de igualdad y eficiencia de su utilización encuentren el justo medio.

CONCLUSIONES

Las telecomunicaciones por satélite son una nueva forma de comunicación pero no un medio nuevo. Ellas requieren del sistema de radio para funcionar, y por lo mismo, han venido a aumentar la demanda de las frecuencias radioeléctricas.

La Unión Internacional de Telecomunicaciones, como en el pasado, ha tenido que enfrentar ese nuevo reto en el campo de las telecomunicaciones. Primero la regulación de la telegrafía internacional, posteriormente la utilización de la radio para las comunicaciones internacionales y ahora la utilización de los satélites para las telecomunicaciones.

Este organismo técnico que ahora constituye un órgano especializado de la Organización de Naciones Unidas, ha tenido la virtud de ir adaptando su organización e ir creando los organimos necesarios para solucionar los diferentes problemas que se le presentan. Esto tiene el inconveniente de que su organización no responde a un concepto unitario, pero a su vez tiene la ventaja de que sí responde a las necesidades de sus miembros.

Ahora bien, el punto clave de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, como de toda organización internacional, es que la misma es lo que sus miembros quieren que sea. En ese sentido la Unión, o más bien sus miembros, han tenido el cuidado de no dar a la organización poderes fundamentales en esta materia de las telecomunicaciones que para los Estados es esencial mantener bajo su control. De ahí que la Unión cumple un papel importante, pero el mismo se limita a una coordinación entre los Estados y no abarca aspectos dispositivos o de control. Así, por ejemplo, las disputas sobre interferencia perjudicial entre dos estaciones puede ser resuelta por el Comité Internacional de Registro de Frecuencias, pero sobre la base de los datos aportados por las Administraciones de los Estados y en la inteligencia de la buena fe de aquéllos, pues no existe medio alguno para hacer obligar a una Administración a cumplir una recomendación de dicho Comité.

Dentro de esa función coordinadora la Unión ha elaborado algunos principios jurídicos básicos, cuyo respeto por parte de los Estados se justifica y explica en razón de que su existencia es indispensable a todos. El primero de esos principios se refiere a la prohibición de toda interferencia perju-

---

92. COURTEIX; supra nota 85, pág. 903.

93. GUTIÉRREZ; C. *El 20º período de sesiones (1981) de la Subcomisión de Asuntos Jurídicos del Comité del Espacio*, REDI, 1981, v. XXXII, núm. 2, pág. 569.

94. Ibídem.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dicial. Es decir, que una estación no debe estorbar o perjudicar la emisión de otra estación porque ello haría las comunicaciones caóticas o imposibles. El problema consiguiente es el de determinar cuál, entre dos estaciones que transmiten en una misma frecuencia, tiene el derecho o la prevalencia a utilizar la frecuencia en discusión.

Ese problema nos lleva al segundo principio ideado como solución de la controversia. Siguiendo el aforismo jurídico: primero en tiempo, primero en derecho, se sentó el principio de que la estación que primero había utilizado una frecuencia tenía derecho o prioridad para utilizarla. Posteriormente la prioridad se fundamentó no ya en el primer uso sino en la regular inscripción de la frecuencia en el registro que al efecto se creó a cargo del Comité Internacional de Registro de Frecuencias.

Este principio que tenía una larga tradición ha sido parcialmente modificado en cuanto a las telecomunicaciones por satélite. A ello confluyeron razones de carácter político, jurídicas y prácticas. Desde un punto de vista político, el surgimiento y participación en la Unión de una gran cantidad de nuevos países, sobre todo del llamado Tercer Mundo, ha hecho que tengan un mayor peso dentro de la organización y se opongan con mayor fuerza a la dominación tradicional de unos pocos países desarrollados.

Las razones jurídicas y prácticas inciden más directamente en la transformación mencionada. Hay que mencionar ante todo, que este nuevo método de comunicación —como su nombre lo indica— requiere de uno o varios satélites; y esto implica dos cosas: primero, la utilización del espacio ultraterrestre, y segundo, el uso de una órbita y más exactamente de la órbita geoestacionaria. Jurídicamente ambos han sido considerados patrimonio de la humanidad, concepto éste también relativamente nuevo y que significa en concreto que ningún Estado puede apropiarse de esos ámbitos.

Como consecuencia de lo anterior, en materia de telecomunicaciones por satélite el principio no es más el del primer llegado primer servido, sino que priva la idea de la planificación y asignación a priori del recurso órbita/espectro radio a todos los países, a fin de que se dé una utilización en condiciones de igualdad y eficiencia de ese patrimonio común de la Humanidad. La razón práctica que facilita la aplicación de este nuevo principio, se encuentra en el hecho de que las telecomunicaciones por satélite son un campo nuevo en el cual no existen "derechos adquiridos", y en consecuencia es posible hacer una repartición equitativa del espectro radio/órbita.

Como reflejo de las anteriores consideraciones se ha abierto un debate sobre el estatuto de la órbita geoestacionaria. Los países ecuatoriales que quieren afirmar su soberanía sobre ella, y de otro lado los países que la consideran patrimonio común de la humanidad y por tanto no sujeta a apropiación o soberanía alguna.

Aunque esa controversia no ha sido resuelta, lo relevante a señalar es el surgimiento de principios jurídicos fundados no en la idea de la primacía en tiempo, sino en la de la igualdad de derechos entre los Estados miembros de la Comunidad Internacional.

BIBLIOGRAFÍA

Convenio Internacional de Telecomunicaciones.

CHRISTOL; C. *The geoestationary orbital position as a natural resource of the space environment,* Netherland International Law Review, 1979, v. XXVI, No. 1.

COODING; G. *The Unite States and the ITU in a changing world,* Telecommunications Journal.

COURTEIX; S. *La Conférence Administrative Mondiale de Radiocommunications de 1979 et le nouvel ordre international de l'Ether,* Annuaire Français de Droit International, 1980, v. XXVI.

COURTEIX; S. *Questions d'actualité en matière de Droit de l'Espace,* Annuaire Français de Droit International, 1978, v. XXIV.

DORMER; D. *Le CCIT et son Secretariat,* Journal de Télécommunications, 1965, v. 32, No. 8.

EVENSEN; J. *Aspects of International Law relating to modern radiocommunications,* Recueil des Cours, 1965, II, T. 115.

FERNÁNDEZ; F. *Organización Internacional de las Telecomunicaciones y de la radiodifusión,* ed. Tecnos, 1978, Madrid.

GARMIER; J. *L'UIT et les télécommunications par satellites,* Bruylant, Bruxeles, 1975.

GRANDE; E. *La Radiotelegrafia nel Diritto Internazionale,* ed. Ulrico Hoepli, Milano, 1927.

GORBIEL; A. *Le statut international juridique de l'orbite geoestationnaire,* Revue Français de Droit Aérien.

GOROVE; S. *The geoestationary orbit: Issues of Law and Policy,* American Journal of International Law, 1979, v. 73, No. 3.

GOY; R. *La repartition des fréquences en matière de télécommunications,* Annuaire Français de Droit International, 1959, v. V.

GUTIÉRREZ; C. *El 20º período de sesiones (1981) de la Subcomisión de Asuntos Jurídicos del Comité del Espacio,* Revista Española de Derecho Internacional, 1981, v. XXXII, No. 2.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

GROSS; G. *La Nouvelle UIT,* Journal des Télécommunications, 1963, v. 30, No. 10.

ICKOWITZ; A. *The role of the International Telecommunications Union in the settlement of harmful interference disputes,* Columbia Journal of Transnational Law, v. 13, No. 1.

ITU; From *Semaphore to Satellite,* Telecommunications Journal, 1965, v. 32, No. 5.

ITU; From *Semaphore to Satellite,* Telecommunications Journal, 1965, v. 32, No. 2.

KIRBY; R. *Cinquante ans d'activité du Comité Consultatif International des Radiocommunications (CCIR),* Journal des Télécommunications, 1978, v. 45, No. 6.

LEIVE; D. *International telecommunications and International Law: the regulation of the radio spectrum,* ed. A.W. Sijthoff, Leyden, 1970.

LEIVE; D. *Regulating the use of the radio spectrum,* Stanford Journal of International Studies, 1970, v. V.

MATTEESCO; N. *Droit Aérospatial, Les Télécommunications par satellites,* ed. Pedone, París 1982.

MILI; M. *La jurisdiction internationale en matière de télécommunications,* Journal des Télécommunications, 1973, v. 40, No. 9.

NICOTERA; F. *The structure of the ITU,* Telecommunications Journal, 1964, v. 31, No. 6.

RANKIN; C. *Utilization of the geoestationary orbit –a need for orbital allocution?,* Columbia Journal of Transnational Law.

ROBINSON; G. *Regulating International Airways: The 1979 WARC,* Virginia Journal of International Law, 1980, v. 21, No. 1.

ROTHBLATT; M. *ITU regulation of satellite communications,* Stanford Journal of International Law, 1982, v. XVIII, No. 1.

ROTHBLATT; M. *Satellite communications and spectrum allocution,* American Journal of International Law, 1982, v. 76, No. 1.

RUTKOWSKI; A. *The 1979 World Administrative Conference: The ITU in a changing world,* The International Lawyer, 1979, v. 13, No. 2

SNITH; D. *International Telecommunication Control,* A. W. Sijthoff, Leyden 1969.

UIT; *Conférences de l'UIT: points de reére dans les 117 annés d'histoire de l'Union,* Journal des Télécommunications, 1982, v. 49, No. 6.

WATINE-LE GOURRIEREC; *L'Union Internationale des Télécommunications face aux nouvelles techniques,* Annuaire Français de Droit International, 1978, v. XXIV.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

JUSTIFICACIONES PARA UNA ADECUADA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

LICDA. ROXANA SALAZAR
MPS en Recursos Naturales, Cornell University

Asegurar la alimentación de todos los hombres es una preocupación mundial, se busca por ello aumentar la producción de comida a través de nuevos impulsos a la agricultura. Uno de los medios más comunes ha sido la generalización de la aplicación de químicos en el control de las plagas y en el aumento de la fertilidad. Aunque el aumento de la producción es muy importante, consideraciones sobre los costos de lo que estos químicos están produciendo en el medio ambiente y en el ser humano deben preocuparnos, y debemos buscar la manera de prevenir y controlar los efectos negativos que puedan producir. De manera que cuando se hable de desarrollo, la dimensión ambiental debe ser incluida. Por ejemplo, Costa Rica, un país subdesarrollado, está buscando su progreso con incrementos en el desarrollo de su economía de la misma forma que lo hacen las naciones industrializadas de Occidente, sea a través de la explotación de los recursos naturales.

La contaminación ambiental y degradación de sus recursos naturales son problemas que Costa Rica ahora debe confrontar. En Costa Rica y en otros países la falta de consideración dada en el pasado a los problemas ambientales se está reflejando en muchos de los problemas ambientales que se sufren hoy día. En los países subdesarrollados el problema se complica con el hecho de que en estos países se carece de los recursos económicos necesarios para combatir la contaminación. Además de que muchos de ellos basan sus economías en la explotación de los recursos naturales. Asimismo, sus problemas ambientales muchas veces son exacerbados por la falta de tecnología e infraestructura adecuadas. Costa Rica es un ejemplo ilustrativo, el grado de contaminación que sufre, es difícil de determinar porque se posee poca información sobre el origen, cantidad y destino de los contaminantes, además de que se requiere tecnología especializada y costosa para la obtención de esa información.

Derechos humanos.

Actualmente, los seres humanos estamos compartiendo dos objetivos comunes que son: la protección del ser humano y la protección del medio ambiente, ante problemas tan difundidos como son la contaminación y otras amenazas al medio ambiente y al ser humano. Una pregunta fácilmente aparece: ¿Por qué hay mucha gente interesada en nuestros problemas ambientales? Y otra, que se relaciona con nuestro sistema legal, es: ¿Pueden los actuales sistemas legales y sus institutos lograr controlar y manejar los riesgos que se derivan de los problemas ambientales? La respuesta es difícil de obtener. El hombre está tratando de buscar la solución a los problemas ambientales que está encarando, pero al mismo tiempo se continúa en la creación de más. Así vemos que se acuerda que ciertos recursos naturales sean patrimonio común de toda la humanidad, como los océanos y el aire, y a la vez se les contamina indiscriminadamente sea arrojando desechos industriales en las aguas o clorofloruros en la capa de ozono conduciendo a su destrucción.

En los últimos veinte años a nivel de la comunidad internacional se ha incrementado el interés por los problemas ambientales. En 1972, las Naciones Unidas convocó a la Conferencia sobre el Medio Ambiente Humano en Estocolmo, finalizando con la declaración de que los humanos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente sano.[1] Esta Declaración de Estocolmo es formalmente similar a la Declaración Universal de los

1. *Documents for the UN Conference on the Human Environment.* **Part I. Department of State (Washington D.C.: 1972) pp 22-23.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Derechos Humanos,[2] y se concluyó con la premisa de que el desarrollo social y económico es esencial para asegurar el medio ambiente sano a que tienen derecho los hombres.[3]

La Declaración de Estocolmo, también llamada del Medio Ambiente Sano, constituye el primer paso hacia la formulación de un derecho internacional del medio ambiente. La Declaración establece el derecho que los seres humanos tenemos a vivir en un medio ambiente sano, e impulsa la idea de que la cooperación internacional entre las naciones es esencial para garantizar la solución de los problemas ambientales. La filosofía del medio ambiente y legal que se refleja en la Declaración requiere especial atención. Ella refleja un radical cambio sobre muchas ideas que aún hoy se mantienen.

Históricamente, por ejemplo, se ha mantenido el principio de que los Estados tienen plena soberanía sobre sus recursos,[4] lo que generalmente ha colocado al Estado soberano sobre las reglas que regulan en el Derecho Internacional. Desde este punto de vista los Estados no aceptan fácilmente ninguna acción que pueda interferir con su libertad de acción. Este derecho es consagrado en el artículo dos de la Carta de las Naciones Unidas, sin embargo, el artículo 21 de la Declaración de un Medio Ambiente Sano establece una idea nueva, la existencia de un balance entre la libertad del Estado y su responsabilidad ante la comunidad internacional. Si es con fines de prevenir un daño al medio ambiente, entonces el derecho de plena libertad de acción podría verse modificado, a fin de prevenir que esto sea un obstáculo a las regulaciones internacionales a favor de la protección del medio ambiente.

La Declaración de Estocolmo es un texto con un corto preámbulo, una proclamación y veintiséis principios. En la Conferencia se consideró fundamental la cooperación internacional para así prevenir la degradación de nuestro planeta, además se consagró como principio, en su proclama preambular, la necesidad de la cooperación internacional entre los pueblos del mundo como medio para preservar el medio ambiente. Se reconoció también que la aceptación, a nivel mundial, de la existencia de *cosas comunes* es básica si la protección del medio ambiente mundial se quiere alcanzar. Otro principio muy importante es el que establece que los recursos naturales de la tierra deben ser protegidos para el beneficio de las presentes y futuras generaciones. En otro principio se enfatiza en la cooperación internacional entre naciones como medio para alcanzar estos objetivos. De acuerdo con la Declaración el principio de cooperación internacional debe estar basado en la "igual soberanía de los Estados y en la igualdad de derechos y en la propia determinación de las gentes".[5]

En términos generales la Declaración proclama el derecho de todo ser humano a tener un medio ambiente de calidad, y establece su responsabilidad de proteger y mejorar el medio ambiente para las futuras generaciones. Se discutió sobre la existencia de un nuevo delito, denominado: *ecocidio,* que es definido como la deliberada destrucción del medio ambiente.[6]

Cooperación mundial.

Durante las últimas décadas hemos aprendido que ciertos problemas ambientales trascienden las fronteras nacionales, y que muchos de ellos son, esencialmente, de naturaleza mundial. Por ejemplo, encontramos que la dispersión de químicos potencialmente peligrosos en el medio ambiente como una amenaza que confrontan las distintas naciones, se hace especialmente evidente cuando vemos a nuestras sociedades muy dependientes de químicos, que invaden diferentes campos de nuestras vidas y cuyos efectos a largo plazo sobre la salud o el medio ambiente, muchas veces, no han sido adecuadamente analizados.

El medio ambiente y los seres humanos están expuestos a la contaminación proveniente de diversas fuentes. Así vemos que las sustancias tóxicas, por ejemplo, necesitan ser consideradas en un ambiente internacional porque cada día aumenta el nivel de riesgosa exposición a ellas. Dichas sustancias no conocen fronteras. Cualquier lugar, sea aire, agua o comida, presenta cierto nivel de contaminación. Un medio de obtener cierto control sobre los químicos es a través del implemento de estándares internacionales, que vengan a regular su producción, mercadeo, uso y aplicación. Un aumento en la consideración de la exis-

---

2. W. Paul Gormely, *Human Rights and Environment. The Need for International Cooperation* (Sijthoff, International Publishing Co., 1976), p. 121.
3. Alexandre Ch. Kiss, *Survey of Current Development in International Environmental Law* (IUCN, 1976), p. 16.
4. Kiss, p. 11.
5. United Nations, *The Right to Self-Determination* (New York: United Nations, 1981), p. 24.
6. Gormely, p. 216.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tencia de la interdependencia entre naciones y gentes podría eventualmente contribuir a la constitución de la cooperación inernacional necesaria para alcanzar un medio ambiente sano.

Estos pensamientos relacionados con los derechos humanos y la cooperación internacional aparecen también desarrollados en la teoría de "un Nuevo Orden Económico"[7] presentada por los países del Tercer Mundo. Esta teoría coloca los derechos humanos en un plano superior, manteniendo la premisa de que el derecho a un medio ambiente sano es un derecho humano fundamental e inalienable. También indica como esencial que el buen manejo del medio ambiente en los países subdesarrollados se adecue a que puedan recibir una adecuada compensación por las materias primas que producen, además de adquirir mejores precios en sus productos de exportación.

El Derecho Ambiental generalmente es definido como el grupo de normas de derecho internacional que busca la protección del medio ambiente para el beneficio del ser humano.[8] Este derecho se basa en la idea de que el balance ecológico de la biosfera debe ser preservado.[9]

Siempre existe preocupación acerca de los efectos que cualquier medida a nivel internacional pueda producir en otros aspectos. Por ejemplo, se teme que medidas o regulaciones que se tomen en la protección del medio ambiente vayan a afectar el desarrollo económico de ciertos países. Sin embargo debido al carácter que están adoptando los problemas ambientales, como sucede con ciertos plaguicidas altamente tóxicos que son producidos en ciertos países solo para ser exportados, se debe alentar la aprobación de ciertas medidas de control y regulación que vayan en beneficio de la protección del medio ambiente y del ser humano. La legislación se convierte en un instrumento esencial en la búsqueda de una estrategia sana que ayude a detener la destrucción del medio ambiente y protegerlo para las futuras generaciones. El desarrollo económico debe lograrse, pero no a expensas de la destrucción del medio ambiente. Si uno de los medios para la obtención de esto es a través del marco legal, consecuentemente, se deben promover cambios desde dos áreas: una desde la esfera de cada país y otra proveniente del marco internacional.

***

7. Louis Henkin, *The Rights of Man Today* (Colorado: Westview Press, 1978), p. 50.
8. Kiss, p. 15.
9. Kiss, p. 18.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA ADOPCIÓN
(Una modificación necesaria)

LIC. ÉDGAR CORDERO ARIAS

Los estudiosos del Derecho Privado descuidando el Derecho de Familia, han dedicado su atención a otras ramas e instituciones más atractivas en el tráfico jurídico e intensa actividad administrativista de los tiempos modernos. Para combatir esa tendencia que rompe la unidad jurídica de la ciencia del Derecho, conviene estudiar mas intensamente temas específicos del Derecho de Familia, como la "adopción".

Por adopción podemos entender el modo como civilmente los hombres pueden ser hijos de otros aunque no lo sean naturalmente. Así se presenta la adopción como el equivalente de una paternidad civil y ficticia, existente y modelada por el puro arbitrio jurídico, que no tiene como presupuesto el hecho natural de la procreación.

Tres factores han aconsejado su mantenimiento: políticos, sentimentales y benéficos. El primero, propio del Derecho Romano, era un medio de asegurar la perpetuidad de la familia del estéril; el segundo, que destaca en ella el altruismo y la caridad de hombres y mujeres que brindan a seres olvidados de sus progenitores el amparo, la protección y asistencia que aquéllos no quisieron o no pudieron darles; y el tercero, que la estima como un medio de paliar la triste suerte de los menores cuya orfandad y abandono es producto de las conflagraciones bélicas.

Esos factores han prevalecido sobre las corrientes doctrinarias eliminatorias, que sustentan ideas proclives a prejuicios sociales y políticos como la legitimación de proles adulterinas y el fraude de normas impositivas fiscales (al celibato). La institución de la adopción obedece a dos sistemas fundamentalmente distintos: semejanza de la filiación adoptiva a la familia natural, de tal forma que todo vínculo con ésta desaparece; o bien la filiación adoptiva no copia a la auténtica pero mantiene un equilibrio entre el padre adoptante y la familia natural de que procede el hijo adoptivo.

Esos sistemas originan la adopción plena y la adopción menos plena o simple, reguladas en el Código de Familia costarricense (artículos 125, 114 y 116).

Ese doble sistema aparecía ya en el Derecho Romano en el que la "datio in adoptionem" sustituía la filiación originaria por el nuevo vínculo civil; y la "adoptio minusplena" en la que el vínculo de filiación precedente se mantenía al lado del nuevo.

Los códigos modernos siguen el sistema de la "adoptio minus plena" los de inspiración napoleónica; y los moldeados en la inspiración germánica siguen la "datio in adoptionem".

No es aventurado decir, que los graves problemas sociales que la adopción ha provocado en la sociedad costarricense, en buena parte se debe a que el Código de Familia es bisistemático (artículos 116 y 125 del Código de Familia). Convendría hacer un profundo estudio de las circunstancias socio-político-económicas de la familia costarricense, para implantar un sistema uniforme adoptando el pleno o el simple.

Con relación a la forma de constituirse la adopción, interesa hacerse dos preguntas: ¿cómo debe configurarse el acto del adoptante que le da nacimiento?; y ¿en qué momento se configura jurídicamente?

Para unos autores el acto constitutivo de la adopción encaja en el molde contractualista, si bien complementado con el elemento publicitario. Pero autores modernos consideran que, si bien la adopción se origina en una prestación de voluntades, no puede considerársele como el resultado de un consentimiento contractualista, toda vez que en ella los individuos actúan no como contratantes, sino como elementos de la institución familiar a la que integran. La adopción no implica pues un acto contractual sino un acto institucional.

La adopción es un negocio del Derecho de Familia eminentemente formal; que por discipli-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nar una materia de honda significación jurídico-social, requiere el cumplimiento de una serie de formalidades que, con valor ad sustantiam, acreditan la autenticidad del acto.

En Francia y en Italia, el consentimiento para adoptar y ser adoptado, debe ser manifestado en comparecencia personal por los sujetos involucrados, ante una autoridad judicial la cual levanta un acta y, ponderada su conveniencia de acuerdo con la información que se le dé o recabe por su iniciativa, la autoridad dicta un decreto aprobatorio que se publica en el diario oficial y se inscribe en el Registro de nacimientos antes de los dos meses subsiguientes. Así, la valoración del interés que justifica la adopción, no está determinado por la voluntad de las partes, sino por la aprobación que, en caso de conveniencia, da la autoridad pública a la voluntad creadora de las partes.

Si adoptáramos ese sistema, eliminando del actual la escritura pública de expresión de consentimiento y la fría impersonal presentación de la solicitud de homologación previa mediante autorización de un juez; evitaríamos todos los aspectos inconvenientes que la matizan de intereses extraños a los intrínsecamente nobles de la institución que ya, con denodada frecuencia, se denuncian hasta en los medios de comunicación colectiva.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

PUNTOS DE CONEXIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

LIC. JOAQUÍN TACSAN CHEN

No pocos autores señalan que el Derecho Internacional Público tiene poca injerencia en la conformación de las normas de Derecho Internacional Privado.[1] Ello no puede ser cierto desde el propio momento en que se habla de un orden público internacional, en el sentido de que algunos principios de Derecho Internacional Público, especialmente aquellos con carácter de "ius cogens" son tomados en cuenta a manera de referencia general, por los diferentes Estados al momento de plantearse la conformación de sus respectivos Ordenamientos Jurídicos y además, la posibilidad de aplicar o de no aplicar una ley extranjera contraria a estos. En el primero de los casos, mediante el cumplimiento de obligaciones internacionales adquiridas conforme al Derecho Internacional general y convencional, y en el segundo, a través de la oposición de la excepción de "orden público" a la ley extranjera, con vocación de ser aplicada a situaciones del tráfico externo, que podría atentar contra la consistencia y homogeneidad del Ordenamiento Jurídico del Estado requerido de su aplicación.

En los tiempos presentes no es extraño pensar en que el legislador interno, a la hora de establecer las normas del Derecho Internacional Privado de su ordenamiento, "actúa en parte como legislador internacional o en funciones de tal",[2] limitado por normas de Derecho Internacional general y convencional. En este último sentido van algunas recomendaciones como la del PROYECTO DE BENELUX de Derecho Internacional Privado al legislador, al decir: "redactad vuestras disposiciones jurídicas de Derecho Internacional Privado de tal modo que puedan ser aceptables para cualquier otra legislación".[3]

Por otra parte, es tácitamente aceptado en la comunidad internacional que aquel Estado que persista en aplicar siempre su propio ordenamiento y su propia jurisdicción a todas las situaciones con elementos extranjeros, prácticamente estará violando el Derecho Internacional, o al menos, el principio de la cooperación internacional. Y si bien es cierto que no existe una obligación internacional "strictu sensu" para todos los Estados en cuanto a cooperar internacionalmente (comity), también lo es el hecho de que una atribución desproporcionada de la legislación y la jurisdicción propia de un Estado a situaciones del tráfico externo (internationally improper fora o supuestos de jurisdicción excesiva), con toda seguridad no habría de ser reconocida por los otros Estados. Considérese tan sólo que esta preocupación de los Estados por evitar la parcialidad y la inseguridad jurídica, explica que los mismos desarrollen continuos esfuerzos en el plano convencional "en orden a facilitar la eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales, entre los que destacan los llevados a cabo por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Convenio de Bruselas, de 27 de setiembre de 1968, entrado en vigor el 1 de febrero de 1973, sobre competencia judicial y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil."[4]

1. K. LIPSTEIN. Rec. Hague, 1972 p. 173. E. Philip. Rec. Hague, 1978, p. 16.
2. MIAJA DE LA MUELA. Citado por CARRILLO SALCEDO. *Derecho Internacional Privado.* Tecnos, Madrid 1983, p. 64.
3. En Revue Critique de Droit International privé. 1951, p. 710 y ss.
4. CARRILLO SALCEDO. *Op. cit.*, p. 71. También Recueil Des Conventions (1951-1980), Edité par le Bureau Permanent de la Conférence.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Aquellos que defienden la escuela internacionalista del Derecho Internacional Privado, consideran comprobada la existencia de algunos principios de la costumbre internacional que tienen relación con el Derecho Internacional Privado, a saber:

1. Que todo Estado debe tener un sistema de Derecho Internacional Privado;
2. Que los Estados no deben excluir la aplicación de ninguna ley foránea, cuando así lo establezca su propia norma de atribución;
3. Que los Estados podrían excluir la ley extranjera sobre la base del "order public";
4. Que ningún Estado ha de imponer sus propias reglas relativas al estatuto personal sobre personas que son meramente residentes temporales;
5. Que los inmuebles son reglados por la "lex situs", y los derechos sobre muebles adquiridos en virtud de una "lex situs" previa, deben ser respetados;
6. Que la forma de los actos se rige por la "lex loci actus".[5]

En este mismo sentido la propia Corte Internacional de Justicia ha afirmado que el Derecho Internacional Privado, si bien generalmente forma parte del Derecho nacional de cada Estado, al mismo tiempo ha admitido que el Derecho Internacional Público puede contener normas de costumbre concernientes a problemas del Derecho Internacional Privado.[6]

De lo que nadie duda es de la existencia de una gran cantidad de instrumentos normativos internacionales, tratados multilaterales y bilaterales que regulan materia del Derecho Internacional Privado. Precisamente en virtud de que los Estados sienten la necesidad imperiosa de seguir la tendencia de inspiración internacional en el sentido de "armonizar las propias soluciones con las de otros sistemas jurídicos y conseguir un cierto grado de homogeneidad legislativa, por entenderse que de esta forma que un sistema de Derecho Internacional Privado logrará con mayor perfección la estabilidad y seguridad del comercio jurídico internacional."[7] Véase entonces, que a través de los tratados internacionales se refuerza la idea de que el Derecho Internacional Privado se convierte en materia del Derecho Internacional Público, como aspecto de interés y relevancia internacional, acentuándose de esta manera el carácter internacional de esa disciplina. De tal manera que no es exacto afirmar, como lo hacen algunos autores, que el Derecho Internacional Privado sea únicamente interno, ni el que el Derecho Internacional Público no involucre aspectos del Derecho Internacional Privado. El propio afán de cooperación internacional, de seguridad y certeza jurídica en el tráfico externo y en las relaciones privadas internacionales, además del de uniformidad que hemos mencionado, obliga a los Estados a convenir y a pactar sobre reglas claras de coordinación entre los distintos sistemas jurídicos, mediante las cuales cada uno de ellos se delimita y a la vez establece la medida en que admite la aplicación de un Derecho extranjero en determinados supuestos.

Las materias regladas en los tratados internacionales, es decir, acuerdos entre sujetos del orden jurídico internacional, son por lo general de índole muy variada y abarcan temas específicos, como los convenios surgidos de las conferencias que se han llevado a cabo en La Haya y en las conferencias especializadas sobre Derecho Internacional Privado Interamericanas, algunos de alcance limitado y de carácter meramente recíproco, otros más bien generales, comprensivos, y de aspiración internacional como es el caso del Código de Bustamante, ratificado por países del Continente Americano pero abierto al acceso de cualquier país del mundo. Valga mencionar entre las primeras los convenios sobre procedimiento civil del 1 de marzo de 1954, sobre la competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores del 5 de octubre de 1961, sobre conflictos de leyes en materia de formas de las disposiciones testamentarias del 5 de octubre de 1961, concerniente al reconocimiento y ejecución de decisiones relativas a las obligaciones alimenticias del 2 de octubre de 1973; las convenciones interamericanas sobre Exhortos o Cartas Rogatorias del 20 de febrero de 1978, sobre recepción de pruebas en el extranjero, sobre conflicto de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas y sobre arbitraje comercial internacional del 9 de febrero de 1978.

Podríamos decir que las finalidades de las convenciones y tratados internacionales que nos interesan, bien pretenden uniformar entre los Estados partes las diferentes conexiones, puramente enfocando normas de conflicto o atribución, o de otra forma, buscan establecer normas sustantivas que directamente regulen las situaciones más fre-

---

5. K. LIPSTEIN, *op. cit.*, p. 169, y, P. KLEIN, *Archiv fur burgerliches Recht*, 29 (1906), p. 102.
6. Permanent Court of International Justice. Judgement 14. Series A. Ns. 20/21, p. 41.
7. PÉREZ VERA ELISA, citada por J. A. CARRILLO SALCEDO, *Derecho Internacional Privado*. Tecnos, Madrid 1983, p. 119.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cuentes o más problemáticas en una determinada actualidad internacional de índole privada. El caso de los primeros encuentra un buen ejemplo en aquellos que se refieren a conflictos en materias de cheques, letras de cambio, sociedades, procedimiento civil. Entre los segundos podemos incluir prácticamente todos aquellos que conforman el Derecho Mercantil Internacional o jus mercatorum, como el Convenio de La Haya relativo a ley uniforme sobre la venta internacional de objetos muebles corporales del 1 de julio de 1964.

No obstante que el logro de una uniformidad absoluta es algo inalcanzable, porque como afirmara Malaurie, es difícil unificar efectivamente el Derecho entre Estados que siguen siendo independientes.[8] Por técnica que pudiera ser en apariencia, una norma jurídica es siempre la traducción de una política y la uniformidad jurídica supone por tanto una política común, esto es, una unidad de soberanía política que por definición queda excluida en la situación actual del Orden internacional; pero que además, decía Malaurie, para que una ley fuese verdaderamente uniforme habría que regir sociedades de un mismo desarrollo económico y de civilización equivalentes, lo que desde luego no siempre ocurre. A lo expuesto hemos de agregar, que las normas internacionales tienen la desventaja, frente al método de atribución de las normas de carácter interno, de que su incorporación y aplicación efectiva depende de la superación de los procedimientos de ratificación y del hecho de que aún los convenios multilaterales y abiertos, no pueden pretender ser adoptados y ratificados por una razonable mayoría de países, sino que por lo general se convierten en convenciones de carácter regional, si acaso entran en vigor.

Pareciera entonces que el conflicto de leyes, entendido como método de solución de problemas que involucran situaciones con elementos extranjeros o del tráfico externo, sigue jugando un papel preponderante, sin que haya podido, ni pueda nunca ser sustituido por un Derecho uniforme de aplicación y carácter internacional. Las normas de atribución de los Estados cumple, si bien no en forma total, un rol irreductible en la solución de los conflictos del tráfico externo.

Siguiendo a Carrillo Salcedo diremos que una de las más importantes contribuciones de las normas materiales internacionales de Derecho Internacional Privado a esta misma disciplina radica en que no puede seguir reducida al conflicto de leyes, confundida e identificada con uno de sus métodos: el de atribución.[9] Esto, a pesar de lo antes mencionado en el sentido de que aun así no es posible prescindir por completo de ese conflicto de leyes de carácter interno, como método del Derecho Internacional Privado.

La búsqueda de la uniformidad a través del Derecho Convencional Internacional, ha dado sus grandes frutos especialmente en materia del Derecho Mercantil Internacional (jus mercatorum, Lex Mercatoria). La propia práctica comercial ha dado un enorme empuje a esta labor de unificación, ante la necesidad en los tiempos modernos de una mayor certeza y seguridad jurídicas en negociaciones cada día más complejas. De esta manera surgen contratos-tipo, condiciones generales-tipo, las convenciones propiciadas por la Organización de las Naciones Unidas, las reglamentaciones para la unificación de procedimientos en materia de arbitraje comercial privado internacional, los Incoterms, los contratos tipo de la London Corn Trade Association, etc.

Sin embargo, como afirmáramos antes, este "bien deseable", para usar las palabras del profesor Carrillo Salcedo, que sería la uniformidad de por lo menos algunas regulaciones sobre materias específicas de nuestra disciplina, tiene grandes límites, a saber: a) Ese derecho uniforme solo tiene cabida cuando los diferentes ordenamientos estatales están dispuestos a aceptarlo en virtud de sus similares condiciones económicas, sociales y políticas. No creemos que los países socialistas compartan del todo los fundamentos de libre comercio que inspiran muchas de estas convenciones; b) Existe el gran riesgo de que ese derecho uniforme responda a los intereses de los más poderosos, en contra de los intereses de los más débiles, situación que se agrava desde la perspectiva de que a nivel internacional no hay una autoridad, como la estatal, que ponga coto o control a posibles inequidades e injusticias surgidas de un proceso de negociación inequitativo de la convención. En este sentido el profesor Batiffol nos advierte que "también en ese medio hay fuertes que pueden abusar de su poder, las multinacionales, por ejemplo, y débiles que es preciso proteger".[10]

Otra contribución del Derecho Convencional Internacional al Derecho Internacional Privado, podría considerarse que es el servir de directriz y guía heurística para los legisladores de los Estados,

8. MALAURIE PHILLIPE. Citado por CARRILLO SALCEDO, *op. cit.* p. 121.

9. CARRILLO SALCEDO. *Op. cit.*, p. 123.

10. Citado por CARRILLO SALCEDO. *Op. cit.*, p. 127.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

al momento de formular sus respectivas normativas en la materia. Si no véase el impacto que algunas convenciones de La Haya han tenido en el proceso de uniformación de las normas de Derecho Internacional Privado en Latinoamérica.[11] El futuro cercano habrá de darnos aún mayor cantidad de ejemplos en este sentido.

Por último valga mencionar como una contribución de los Tratados y del Derecho Internacional en general al Derecho Internacional Privado, la discreta acogida de las normas de Derecho Público extranjero por parte de los ordenamientos internos, mediante la acción de normas de atribución en este sentido específico, en contra de la antigua posición territorialista en relación con las normas de Derecho Público, calificadas algunas veces como leyes políticas o de excepción. Ha dicho el profesor Miaja de la Muela que "la posibilidad de aplicación o, más cautelosamente, se toma en consideración, de leyes extranjeras de Derecho Público, que hace pocos años sonaría a herejía jurídica, viene impuesta por la creciente intervención en la vida de los negocios de disposiciones en materia monetaria, de legislación antimonopolios, de seguridad social, de carácter fiscal, etc.".[12] En este sentido, el Estado puede verse obligado por un convenio internacional a conceder alguna eficacia a ciertas leyes extranjeras de Derecho Público, y en este sentido sería la regla convencional la encargada de precisar si esta eficacia se reduce a una simple cooperación, como suele ocurrir en materia fiscal o de seguridad social, o si se extiende a una aplicación indirecta, e incluso directa, de la norma extranjera de naturaleza pública. Por ejemplo el artículo VIII, 2 b) del Convenio de Bretton Woods, constitutivo del Fondo Monetario Internacional establece una regulación sobre los contratos de cambio y obliga a los Estados contratantes a ajustar sus controles internos en ese sentido.[13] En ese mismo sentido, el profesor Carrillo Salcedo afirma que: ". . .si se piensa en la transcendencia que para el tráfico externo tienen las normas estatales en materias tales como control de cambios, regulación del comercio exterior, seguridad social, expropiaciones, nacionalizaciones, etc., sobre todo en un mundo en el que la creciente internacionalización de la vida es un hecho indiscutible, se comprenderá mejor la urgente necesidad de que, también en estas materias regidas por normas de Derecho Público, las exigencias de la cooperación internacional queden satisfechas: un cauce para ello lo constituyen los convenios internacionales. . .".[14] De esta forma, los tratados internacionales, como fiel reflejo del principio de cooperación internacional, abre las puertas para nuevas posiciones y concepciones del Derecho Internacional Privado, regulando directa o indirectamente situaciones del tráfico externo que antes no era posible concebir.

Todo parece indicar que las necesidades de la vida moderna va haciendo necesaria la desaparición de la clásica distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, haciéndose extensivo tal fenómeno al Derecho Internacional. Hoy en día es más fácil prever la fuerte tendencia hacia la internacionalización de la vida privada de consumo con los asuntos que normalmente son considerados como de carácter público.

BIBLIOGRAFÍA

CARRILLO SALCEDO J. A. *Derecho Internacional Privado.* Tecnos, Madrid, 1983.

Bureau Permanent de la Conférence. La Haye, Recueil de Conventions (1951-1980).

KLEIN P. *Archiv fur burgerliches Recht,* 29 (1906).

LIPSTEIN K. *Curso General de Derecho Internacional Privado.* Recueil de Cours, Hague, 1972.

MIAJA DE LA MUELA. *Derecho Internacional Privado.* Tomo I, Madrid, 1979.

MIAJA DE LA MUELA A. *El Derecho Público extranjero en el tráfico privado internacional.* Revista española de Derecho Internacional. Vol. XXV, 1972.

PARRA ARANGUREN G. *Conflict of Laws Conventions in Latin America.* Hague Recueil de Cours, 1979.

PÉREZ VERA ELISA. *Derecho International Privado.* Parte Especial. Tecnos, Madrid, 1980.

PÉREZ NIETO LEONEL. *Derecho Internacional Privado.* Harla. Segunda Edición, México, 1980.

11. Para un estudio pormenorizado de ello véase G. PARRA ARANGUREN. *Conflict of Laws Conventions in Latin America.* Rec. Hague 1979, p. 87 y ss.

12. MIAJA DE LA MUELA. *Derecho Internacional Privado,* I. Madrid, 1979, p. 527.

13. MIAJA DE LA MUELA, A. *"El Derecho público extranjero en el tráfico privado internacional".* Revista española de Derecho Internacional, vol. XXV, 1972, p. 281.

14. CARRILLO SALCEDO. *Op. cit.,* p. 36.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

PHILIP E. *Curso General de Derecho International Privado.* Recueil de Cours. Hague, 1978.

RIGAUX FRANÇOIS. *Derecho Internacional Privado.* Parte General. Civitas, Madrid, 1985.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EL DELITO INFORMÁTICO

JUAN DIEGO CASTRO FERNÁNDEZ

El impacto de la computación se puede observar en todos los niveles sociales. En lo jurídico es de tal magnitud, que podemos decir que con la información del derecho, estamos en la época de la visión jurídica en tercera dimensión. Las enormes masas de información jurídica se hacen manejables con una facilidad increíble, y en la medida en que los "thesaurus" jurídicos se perfeccionen, el acceso a la información legal será cada vez más fácil.

Todas las disciplinas jurídicas están afectadas por la informática, y la penal no es la excepción, todo lo contrario, podemos afirmar que es quizá la rama jurídica, en la que la computación juega un papel muy interesante y particular. Partimos de que "La Computadora", como herramienta, constituye la generalidad de las veces el instrumento del que eventualmente se puede servir el delincuente para realizar su acción ilegítima, pero sin embargo en cierta medida, con el propio avance de la informática se hará necesario regular con mayor precisión los tipos penales, de modo que las conductas queden más claramente delineadas. Por supuesto que en nuestro derecho penal positivo no existe aún, figura penal alguna que se refiera directamente al mundo de la informática. Esta situación hace que no exista definición jurídica alguna, en nuestra sistemática penal, sobre delito informático.

Se habla de "delitos cometidos con computadoras", "delitos cibernéticos", pero nos inclinamos por el término "delitos informáticos", entendido en el mismo sentido que en la literatura norteamericana tiene "computer crimer", lo que lleva a conceptualizarlo en dos sentidos:

Restringido: "Aquel hecho en el que —independientemente del perjuicio que pueda causarse a otros bienes jurídicamente tutelados y que eventualmente puedan concurrir en forma real o ideal— se atacan elementos puramente informáticos. Tales serían los casos del uso indebido del 'software', apropiación indebida de datos, interferencias en sistemas de datos ajenos, etc.".

Amplio: "Acción típica, antijurídica y culpable para cuya consumación se utiliza o se afecta a una computadora o sus accesorios".[5]

ELEMENTOS DEL DELITO INFORMÁTICO

Elemento objetivo.

Dado por la acción que la ley tipifica como delito. En el "homicidio" (artículo 111 del Código Penal) "quien haya dado muerte a una persona", en el hurto "el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena" (artículo 208 del Código Penal), en los daños "el que destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo dañare una cosa total o parcialmente ajena (artículo 228).

Decimos junto con las juristas argentinas Lilli y Massa: "En los delitos informáticos, la acción no resulta tan clara, dada la diversidad de bienes jurídicos, tutelados, como de formas de perpetrar el delito. Así en algunos casos la acción tiende a afectar elementos componentes de la computadora —tanto el hardware como el software— mientras que en otros casos la computación solo es utilizada como medio o instrumento para cometer el delito. Por último, puede suceder que sin afectar el "harware" o el "software" de una computadora, ni utilizar la computadora para la perpetración de un hecho ilícito autónomo, el ilícito consista en el

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

uso o utilización indebida de una computadora sin la correspondiente autorización.

Dentro de estos tres grandes grupos estaría encuadrado el elemento objetivo del delito informático —es decir la acción— debiendo el legislador tipificar a través de figuras lo más exactas posibles tales acciones.

Elemento subjetivo.

De acuerdo con el artículo treinta de nuestro Código Penal: "Nadie puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención".

Si partimos de que actualmente y de conformidad con el Derecho Penal positivo, tendrán relevancia jurídica en nuestro sistema jurídico-penal únicamente los "delitos informáticos" que se adecuen a los tipos de nuestro ordenamiento, ya que no existen, en sentido restringido delitos informáticos propiamente dichos, veremos entonces cómo podremos estar frente a hechos delictivos, cometidos con, por o en contra de una computadora y sus partes, que para ser delitos deberán necesariamente cuadrar en alguna figura penal, como "daños", "hurto", "estafa", etc. Nos parece que tales conductas, dentro de este concepto de delitos informáticos, podrán ser atribuidas a sus partícipes tanto a título de dolo, como de culpa.

SUJETOS DEL DELITO INFORMÁTICO

Sujeto activo.

El "Delincuente informático" será la persona que realiza la conducta descrita en el tipo penal.

Criminológicamente hablando, estamos en presencia sin lugar a dudas de un clarísimo "delito de cuello blanco", en donde los autores no sólo reúnen condiciones técnicas o profesionales muy singulares, sino que han logrado un cierto dominio de su "oficio" que les permite ejecutar el delito.

"En este tipo de delitos el obrar delictivo está precedido por la atenta observación del accionar de quien será su víctima o su herramienta: la computadora.

Tales sujetos se reclutan en sectores instruidos, con acceso a determinadas oportunidades y conocimientos imprescindibles que les permiten incrementar su riqueza mediante el uso de modernas técnicas a las que tienen acceso por su ocupación o disponibilidad de medios".[6]

Relación sujeto activo/función o empleo.

Los técnicos y profesionales vinculados a la computación, que se han visto involucrados en hechos delictivos, según Lilli y Massa, son:

Operadores.

Pueden modificar, agregar, eliminar o sustituir información y/o programas, copiar archivos para venderlos a competidores. Pueden estar envueltos en colusión.

Programadores.

Pueden violar o inutilizar controles protectores del programa y/o sistema; dar información a terceros ajenos a la empresa, atacar el sistema operativo, sabotear programas, modificar archivos, acceder a información confidencial.

Analistas de sistemas.

Son comúnmente los únicos que conocen la operación de un sistema completo, pueden estar en colusión con el usuario, programador y/u operador.

Analista de comunicaciones.

Es la persona que diseña la seguridad del sistema de comunicaciones por lo que conoce los métodos para violar la seguridad con fines de fraude.

Supervisores.

Tienen conocimiento global de las operaciones y debilidades del sistema de seguridad, pueden manipular los archivos de datos y los ingresos y salidas del sistema. Tienen la posibilidad de modificar, agregar o eliminar información.

Personal técnico y de servicio.

Generalmente tienen libre acceso al Centro de Cómputo, poseen mayores conocimientos de los sistemas operativos y de base de datos, así como de sus debilidades.

Funcionarios superiores.

Tienen conocimiento general de los proyectos por lo que implican una amenaza potencial. Pueden estar en colusión con analistas, programadores, usuarios y/u operadores.

Auditores.

Conocen las debilidades del sistema toda vez que implementan las medidas de seguridad, insta-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

lando controles preventivos u otros que a posteriori permitan detectar el fraude antes que la persona involucrada pueda escaparse. Pueden actuar en colusión con otro personal.

Bibliotecarios de programación.

Como son los responsables del mantenimiento de la documentación de sistemas, pueden vender la documentación a competidores u otros compradores.

Bibliotecarios de operaciones.

Constituyen una amenaza de alto riesgo, toda vez que pueden destruir información mediante la utilización de imanes o identificando como "scratch" (destruir) cintas correspondientes a archivos maestros; copiar información para vender, cambiar etiquetas externas.

Personal de limpieza, mantenimiento y custodia.

Pueden vender el contenido de los cestos de papeles a competidores u otros compradores, fotografiar documentos dejados sobre los escritorios, sustraer información y/o listados del Centro de Cómputo, sabotear el sistema con explosivos.

Usuarios.

Tienen la posibilidad de hacerse pasar por otros usuarios, modificar, omitir o agregar información con propósitos fraudulentos; vender información a competidores, y efectuar un uso no autorizado.[7]

Sujeto pasivo.

Las víctimas de los "delincuentes informáticos" han sido fundamentalmente los bancos, compañías financieras, aseguradoras, instituciones estatales de servicios públicos, universidades, colegios, grandes empresas.

Bienes jurídicos tutelados.

"Partiendo de la base que nuestro legislador no ha previsto en absoluto delitos consumados contra medios o con el concurso de medios informáticos, resulta claro que el "delito informático" no existe en nuestro derecho penal positivo, para el cual hasta el presente la computadora es tan irrelevante como un lápiz o una máquina de escribir".[8]

En Costa Rica, los delitos que se cometan por medios informáticos o en contra de ellos para ser típicos tienen que adecuarse a alguna de las figuras de nuestro derecho penal positivo, por lo que podemos sostener que prácticamente las computadoras pueden ser el instrumento con el que sean cometidos los más importantes delitos de nuestro catálogo penal.

Delitos contra las personas.

La medicina moderna cuenta con las computadoras entre sus más importantes instrumentos de diagnóstico clínico, por lo que es posible que a nivel de "malpraxis" el uso indebido de la computadora represente responsabilidad para el médico, por dolo o por culpa, teniendo frente a nosotros desde un homicidio simple, un homicidio culposo, unas lesiones o hasta lesiones culposas.

Delitos contra el honor.

Con respecto a la dignidad, decoro, honra, reputación al incluirse información falsa de carácter injurioso en un archivo electrónico, que al darse a conocer cause un perjuicio al honor, o bien que en registros electrónicos se conserve información falsa "que ofenda la memoria de una persona muerta con expresiones injuriosas o difamatorias".

Asimismo podría suceder con informaciones falsas contenidas o suministradas por medios electrónicos sobre "hechos falsos concernientes a una persona jurídica o a sus personas por razón del ejercicio de sus cargos que puedan dañar gravemente la confianza del público o el crédito de que gozan". En otros países existen empresas de gran prestigio que venden información sobre corporaciones a nivel legal, administrativo y financiero, fundamentalmente para efectos comerciales.

Delitos contra la intimidad.

Con el desarrollo de los sistemas telemáticos, tales como transmisión de datos en paquetes y el correo electrónico, podríamos encontrarnos frente a delitos de violación de correspondencia (artículo 196, Código Penal) y sustracción, desvío o supresión de correspondencia (artículo 197, Código Penal).

Delitos contra la propiedad.

Cuando pensamos en el "hardware", el problema del hurto o del robo del equipo, es muy simple. Inclusive si pensamos en el hurto de uso, en tiempo de máquina. Pero con respecto al "software", la situación es más compleja, precisamente por la intangibilidad de los programas, porque pueden ser "copiados", sin ni siquiera estar en el centro de cómputo, podría ser hasta desde otro país, a través de los modernos medios telemáticos de hoy día. Estaríamos en presencia de un hurto (simple), o frente a los delitos relativos a los derechos de autor, o de la propiedad industrial, tema que merece nuestra consideración especial.

La situación llama la atención si nos referimos a las defraudaciones. Hasta qué punto podemos considerar como "artificios o engaños", los medios electrónicos desarrollados por el delincuente informático para entrar al "sistema" y lograr que se

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

acrediten a su cuenta fuertes sumas de dinero, o se le adjudiquen cualquier clase de bienes.

En nuestro país tenemos una sentencia de un tribunal superior penal de San José, en que fueron condenados dos operadores del Centro de Cómputo del Banco Crédito Agrícola de Cartago, que mediante un sistema de "crédito revolutivo" cargaban sus cuentas corrientes de fondos ficticios, pero el asunto se resolvió desde el punto de vista de la falsedad, porque los imputados alteraban los comprobantes escritos de otras cuentas corrientes.

En los Estados Unidos, se conoce un caso famoso de fraude financiero mediante computadora. Es el caso Rifkin. La víctima fue a un banco de Los Angeles, California, que diariamente realiza transferencias electrónicas de fondos a nivel internacional y por montos que oscilan entre los dos y cuatro billones de dólares. El delito fue calificado como "Transferencia electrónica de fondos ilegales". Stanley Mark Rifkin, de treinta y dos años, contratado por el banco para que estableciera un sistema de "back up" (respaldo) relativo a las transferencias electrónicas de fondos. Dada la falta de instrucciones detalladas, Rifkin practicó un relevamiento integral para obtener la certeza de que el sistema de "back up" contemplara y reuniera todos los elementos necesarios, y además detectó fallas en el sistema en vigencia que le posibilitarían eventualmente practicar una transferencia de fondos ilegal. La idea de Rifkin era adquirir diamantes en Europa, por lo que el 25 de octubre de 1978 ingresó a la sala de transferencias utilizando su identificación personal, la que mantenía en su poder, a pesar de haber finalizado su contrato. Saludó a los operadores y les dijo que concurría para verificar el funcionamiento del sistema, permaneció un tiempo en el lugar y confirmó que el sistema era el mismo que le había relevado. Además de las claves previstas, para la instrumentación final de la transferencia, un funcionario debidamente facultado proporcionaba la autorización final, empleando un código especial. Rifkin tomó el código vigente en este momento, que se cambiaba varias veces por día, pero constaba en un papel adherido a una de las paredes de la sala. Luego de retirarse, realizó una llamada telefónica desde un aparato público, identificándose como el funcionario autorizado, requiriendo la transferencia de diez millones doscientos mil dólares sobre su cuenta bancaria en Nueva York. Posteriormente el dinero debía ser transferido a un banco suizo. Ello así ocurrió y Rifkin viajó a Europa y compró los diamantes. Luego volvió a los Estados Unidos y fue descubierto y detenido.[9]

Delitos contra la fe pública.

En Costa Rica, el Registro Nacional, prácticamente automatizado en su totalidad, tiene la información atinente a la propiedad inmobiliaria, vehicular, mercantil, etc., almacenada en soportes magnéticos. Avance incuestionable, que además plantea algunas cuestiones interesantes, máxime ahora que estamos a punto de que el sistema se integre a una red, en donde las demás dependencias estatales y los notarios se conviertan en sus usuarios, ya no en las terminales del Registro, sino a través de sus microcomputadoras "conectadas" por vía telefónica. Ya no volveremos a presenciar hechos como la sustracción de un folio de un tomo de propiedad, o de una tarjeta de vehículo. Pero ¿Podrá algún "delincuente informático" romper el sistema de seguridad y alterar la información registral? Los funcionarios que tengan fe pública, "darán fe" de lo visto en una pantalla de rayos catódicos, o de la información almacenada en medios magnéticos, no visible como los documentos tradicionales. Al respecto sostiene Klaus Tiedemann, en su obra "Poder económico y delito": "El tipo penal de la falsificación de documentos exige que el documento sea la expresión tangible y probatoria de un pensamiento humano. Aunque se cuestione este requisito, los datos y programas de las computadoras no son en ninguna forma documentos, por cuanto los datos **archivados electrónicamente** no **son reconocibles visualmente.** Por lo general, además, no permiten individualizar autores."[10]

Así podríamos continuar con la lista de acciones delictivas, que usando de computadoras, se enmarcan dentro de la tipología penal vigente.

CONCEPTO Y MODALIDADES DE LA CRIMINALIDAD MEDIANTE COMPUTADORES

El profesor alemán Tiedemann, en su obra antes citada, sostiene: "Con la expresión 'criminalidad mediante computadoras' se alude a todos los actos antijurídicos según la ley penal vigente (o social-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mente perjudiciales y por eso penalizables en el futuro) realizados con un equipo automático de procesamiento de datos".

"Gracias a las investigaciones efectuadas desde hace diez años por el Instituto de Criminología y Derecho Penal Económico de la Universidad de Friburgo, actualmente se puede ofrecer una recopilación bastante completa de asuntos penales, tanto de la República Federal Alemana como del ámbito europeo, para acreditar la existencia de tal criminalidad".

Manipulaciones.

"Estas pueden afectar tanto a la fase de suministro o alimentación (input) de datos, como a la de su salida (output) y a la de su procesamiento (bajo la forma de manipulaciones en el programa o en la consola). ". . ." Los sistemas para el procesamiento de datos operados a distancia. . . ofrecen una variante especialmente interesante con muchas perspectivas de ulteriores desarrollos, para las técnicas de manipulación aquí descritas: si se puede acceder a la computadora, por ejemplo a través de la red telefónica, mediante una terminal que opera a distancia, el autor puede efectuar la manipulación desde su casa, con su propia terminal y sin necesidad de introducirse personalmente en la empresa perjudicada. . . La acción y el efecto se verifican por separado, lo cual dificulta sobremanera el descubrimiento del hecho.

Espionaje.

"En el ámbito del procesamiento de datos, el espionaje económico se ve favorecido por el hecho de que las informaciones se encuentran archivadas en un espacio mínimo y pueden ser transferidas sin ningún problema a otro soporte. Además en el centro del uso indebido de datos figura siempre el también llamado hurto de 'software', o sea el empleo indebido de programas de computación, elaborados generalmente con considerables esfuerzos y que a menudo encierran un valioso 'know how' comercial".

Sabotaje.

"Tanto desde la perspectiva de la envergadura del daño como desde la del modo de realizar el hecho, son dignos de considerar los casos de sabotaje en el procesamiento de datos. También estos resultan favorecidos por la gran concentración de informaciones en un mínimo espacio. La destrucción total de programas y datos —por ejemplo, mediante atentados con incendio, imanes o 'programas borradores' especialmente elaborados— pueden poner en jaque la continuidad de toda la empresa".

Hurto de tiempo.

"La utilización indebida de instalaciones de cómputos por parte de empleados leales o de extraños puede producir pérdidas considerables, especialmente en los sistemas de procesamiento de datos a distancia, al efectuarse cómputos con números de 'account' ajenos".

"La criminalidad mediante computadoras opera a menudo sobre objetos intangibles, como activo en los bancos, secretos comerciales, 'know how' y otras informaciones. Por lo tanto no debe sorprender que las normas penales existentes solo logren abarcar aquellos comportamientos en forma parcial y más bien casual, aunque con diferentes resultados en los diversos sistemas jurídicos".[11]

Modus operandi de los delincuentes informáticos.

El jurista guatemalteco Rodolfo Bolaños Ramírez, en su ponencia presentada al Primer Congreso Iberoamericano de Informática Jurídica, celebrada hace un año en Santo Domingo, República Dominicana, expuso los métodos con que operan estos delincuentes en los Estados Unidos, citando al profesor Dom B. Parcker:

1. DATA DIDDLING (datos engañosos). Simple, seguro y común. Manipulación de datos antes o durante su entrada al ordenador.
2. TROJAN HORSE (caballo de Troya). Introducción de un conjunto de sentencias en la codificación de un programa para realizar una función no autorizada. Es el método más común de sabotaje.
3. SALAMI TECHNIQUES. Sustracción de pequeñas cantidades de "activos" de numerosas procedencias (redondeo de cuentas).
4. SUPERZAPPING. Uso no autorizado de programas de acceso universal.
5. TRAP DOORS (puertas con trampa). Utilización de interrupciones en la lógica de un programa, en la fase de desarrollo para su depuración, y uso posterior de estas con fines delictivos.
6. LOGIC BOMBS (bombas lógicas). Programa que se ejecuta en un momento específico o periódicamente, cuando se cumplen determinadas condiciones (rutinas a posteriori).
7. ASYNCHRONIC ATTACKS (ataques asincrónicos). Consiste en aprovechar el funcionamiento asincrónico de un sistema operativo, ya que la mayor parte de los sistemas operativos funcionan asincrónicamente basados en los servicios que pueden realizar para los distintos programas en ejecución.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

8. SCAVENGING (recogida de residuos). Obtención de información "residual" impresa en papel o cinta magnética en memoria después de la ejecución de un trabajo (tercera o cuarta copia).
9. DATA LEAKAGE (filtración de datos). Sustracción de datos o copias de datos de un sistema (duplicar una cinta magnética).
10. PIGGYBAKING AND IMPERSONATION (trasiego de personas). Lograr el acceso a áreas controladas, por medios electrónicos o mecánicos.
11. WIRETAPPING (pinchar líneas de teleproceso). Intervención de las líneas de comunicación para acceder o manipular los datos que son transmitidos.
12. SIMULATION AND MODELING. Utilizar el ordenador como instrumento para planificar y controlar un delito, utilizando técnicas de simulación y modelo.

Es incuestionable, que el impacto de la informática en nuestra sociedad apenas empezamos a notarlo, pero los juristas costarricenses debemos iniciar de inmediato el estudio y discusión del papel del derecho democrático en la sociedad informatizada.

Informática del delito.

Otro aspecto, que por supuesto no es el central de este trabajo, es el anotar al menos, las posibilidades que la informática proporciona a nivel tecnológico a la justicia penal, no sólo en el ámbito de la investigación policial, sino también en lo referente al debido proceso mismo, como puede ser adecuada utilización de bancos de datos electrónicos con respecto a los Registros de Delincuentes, así como programas de procesamiento de textos en los tribunales penales, y archivos informáticos de doctrina, jurisprudencia y legislación penal.

Ya el Poder Judicial está construyendo la base de datos respectiva en el Registro Judicial de Delincuentes.

BIBLIOGRAFÍA

1. FROSINI, Vittorio. *"Informática jurídica y Derecho Informático".* Revista Agora, núm. 6, 1983, pág. 22. Ibídem, Roma, Italia.
2. FROSINI, Vittorio. Op. cit., pág. 22.
3. Ídem, pág. 23.
4. Ídem, pág. 23.
5. LILLI, Alicia Raquel y MASSA, María Amalia, *"Delitos informáticos", Ponencia presentada a las Jornadas Internacionales de Informática al Servicio del Derecho.* Mercedes, Buenos Aires, Argentina, junio 1985.
6. Ídem.
7. Ídem.
8. Ídem.
9. Ídem.
10. TIEDEMANN, Klaus. *"Poder económico y delito",* Editorial Ariel, Barcelona 1985, pág. 133.
11. TIEDEMANN, Klaus, op. cit., págs. 126, 127, 128.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

SERVIDUMBRES PERSONALES DE INTERÉS COMUNITARIO

FERNANDO COTO MARTÉN
Sociólogo

La presente investigación se elaboró como ponencia dentro del marco del "Congreso Jurídico Nacional de 1987", que se realiza precisamente al cumplirse los cien años de la promulgación del Código Civil vigente, hecho ocurrido durante la administración de don Bernardo Soto y de don Ascención Esquivel, en ese entonces Secretario de Estado en el Despacho de Justicia.

Las bases axiológicas de nuestra preocupación descansan en los más puros ideales democráticos y en la existencia de un estado de derecho que protege los valores sociales y que permite el desarrollo de iniciativas o proyectos legítimos, en tanto incorporan los datos que la realidad nos proporciona, para así adecuar el valor que proclama la ley. El tema del desfase entre derecho y realidad nos interesa de manera especial pues estamos convencidos de la presencia de una serie de necesidades y problemas que la legislación actual sobre propiedad y el régimen posesorio vigente no solucionan y que demandan una serie de limitaciones a la propiedad que el artículo 45 de nuestra Constitución contempla al referirse a las limitaciones justificadas en "una necesidad pública" o para satisfacer el "interés social".

Nuestro trabajo versa sobre lo que en doctrina se ha llamado "la tutela de los intereses de la comunidad" y dentro de la moderna jurisprudencia de intereses la teoría de la continuidad o del mantenimiento del statu quo. "La razón por la que se protege al poseedor radicará en la necesidad de que la vida jurídica tenga continuidad, que es un bien por sí misma, con independencia de que tras la situación de hecho exista o no un derecho subjetivo. Todo ataque arbitrario a la continuidad es un daño a un interés vital y socialmente necesario".[1]

Un breve repaso de nuestra historia colonial nos sirve para ilustrar la pérdida de continuidad de nuestra vida jurídica, pues la presencia de ejidos (y tierras comunales que se utilizaban para pastos y obtención de leña) alrededor de los pueblos indígenas y de la ciudad de Cartago hacía posible la obtención de concesiones para el cultivo por parte del Cabildo (en el caso de los aborígenes) y de contratos de arrendamiento, en el caso de los criollos y españoles. El cultivo de las subsistencias, la abundancia de recursos naturales y la recreación en el mismo ambiente natural fue la constante que identificó a nuestra nacionalidad hasta bien entrado el siglo XX, cuando, en razón de los procesos de urbanización mal planificados y rápidos en que participan sectores importantes de migrantes de diversas extracciones espaciales y socioculturales (que conforman los cinturones periféricos o villas miserias del Área Metropolitana), se altera todo este panorama y se pone en entredicho la "sobrevivencia" hasta el presente de las ordenanzas de Felipe II, sobre los lugares aptos para poblar.

La degradación de importantes recursos naturales y la urbanización de zonas fértiles para el cultivo (caso Curridabat) acusa falta de seguimiento a los criterios que emanaban de estas ordenanzas, cosa que, aunada al colapso de las normas y valores tradicionales y a la desadaptación social presente en las zonas marginadas, demanda un uso novedoso de la propiedad urbana y de las restantes áreas no urbanizadas que rodean las principales ciudades de nuestro país.

De acuerdo con un plan de zonificación, se han de expropiar, previa indemnización, algunas fincas para cumplir los cometidos de desarrollo de áreas verdes y centros recreativos que sean una garantía para que el joven pueda canalizar construc-

1. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1981, Vol. 3, 633 páginas. Pág. 115 (La posesión).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tivamente sus energías, cuestión que en el caso de los barrios del sur de la capital se hace una realidad con el Parque de la Paz. Además hay que consignar a la producción como uno de los fines de la propiedad urbana, para hacer una realidad en las ciudades de nuestro país el proyecto de huertas.

Darle cuerpo a todas estas cuestiones a través de una Ley General de Servidumbre (que venga a superar la concepción de servidumbre individualista y predial que heredamos) y hacerle el campo a la servidumbre personal, en beneficio de las comunidades de vecinos, es uno de los propósitos que alienta el presente estudio, que busca asimismo concebir una serie de limitaciones en bien de la ecología, precisamente sobre las propiedades que colindan con las Zonas Protectoras, cuyo "status jurídico" es insuficiente para garantizar la conservación del agua y la reproducción del oxígeno que necesitan nuestras ciudades. A este respecto, es patético el caso del Macizo de La Carpintera, lugar de encanto, de ensueño y de inspiración a las leyendas populares, que ha sido víctima del afán desmedido por el enriquecimiento a corto y mediano plazos que inspira a la tendencia monocultivista imperante, que no ve en el bosque la mejor reserva de riqueza, que con su uso racional e inversión apropiada nos produciría mayores beneficios. La declaración del Parque Nacional La Carpintera vendría a prevenir de una vez por todas la comisión de estos hechos que lesionan "la casa en común".

Los señores propietarios han llegado hasta el colmo de desconocer la existencia de una servidumbre rústica de paso, que desde tiempos inmemoriales se ha ejercido para permitir el acceso a la cúspide de la montaña. Además, alguno ha pretendido reforestar utilizando especies no originarias de la zona, con lo que la identidad de nuestro Patrimonio Nacional está en peligro.

La serie de alusiones a nuestra historia nos sirve para impulsar los supuestos que servirán de base a la Ley General de Servidumbres en su capítulo de servidumbres personales de interés comunitario. A pesar de que las relaciones jurídicas (que aseguraban en el pasado el ejercicio de estos derechos humanos) difieren de las que estamos proponiendo en el presente trabajo, el instituto de la servidumbre, tal como lo estamos planteando, cumple con el imperativo de asumir una ética planetaria ecologista que funcione como profiláctico de la hecatombe que se avecina y de la patología social que estamos padeciendo. Desde esta perspectiva, los charrales improductivos y sucios, los lotes vacíos y las riberas de cauces y ríos tendrán que ser objeto de un plan de ordenación, que consagre los usos óptimos y el correspondiente deslinde predial. La administración servirá como puente en el traspaso de estos derechos subjetivos de posesión a las comunidades, quienes, en tanto titulares de las servidumbres, pondrán en acción (en asocio de la administración), los mecanismos que la ley ha previsto para su constitución y anotación en el Registro de la Propiedad. Los conceptos de dominio directo, el que tiene el propietario y de dominio útil (el que tiene el poseedor) junto a los de derecho preferente en la planificación del uso de los recursos (del propietario) y derecho subsidiario (el de la comunidad), son importantes instrumentos para fundamentar este ordenamiento. Los principios que inspiran a esta nueva estructura socioeconómica deben establecerse con toda precisión y claridad, de manera que no se sacrifique el dominio directo ni opere la prescripción negativa. Se ha de reconocer el derecho preferente que tiene el propietario y su libertad para disponer del bien en la forma que considere conveniente, de acuerdo con el plan de zonificación y uso óptimo de los recursos propuestos. En algunos casos, se podrán establecer plazos para la extinción de las servidumbres, de común acuerdo entre las partes o en forma discrecional por la administración, que con esto cumplirá uno de los fines esenciales del Estado, cual es el de procurar el bienestar de los individuos y de las comunidades. En esta época de crisis, en que hay escasez de trabajo y es necesario incrementar la producción, una de las soluciones que no exige una inversión cuantiosa podría ser el de formar grupos de trabajadores manuales —agrícolas y de mediana artesanía— que utilicen esos predios que están inexplotados y que ahora prácticamente constituyen una riqueza improductiva. Todas estas reflexiones nos llevan a considerar que el derecho de propiedad, en su concepción moderna, no puede constituir derecho subjetivo en tener tierras incultas o inútiles, cuando es posible sacar de ellas alguna utilidad, sin menoscabo de los derechos del propietario. Menos aún podría permitirse que los predios sean utilizados irracionalmente, en perjuicio de la naturaleza y del ambiente.

Para proteger estos derechos de servidumbre, ya sea contra particulares o contra el propio dueño del fundo, podrá acudirse a la vía de los interdictos, dentro de la jurisdicción agraria. Creemos que así podría ser conforme a las leyes vigentes, pero sería conveniente disponerlo por regla expresa.

Aunque no estrictamente en el mismo campo a que nos venimos refiriendo, pero sí como reflejo de los mismos principios, conviene citar la Ley núm. 4884, de 4 de noviembre de 1971, que constituye un avance y que puede servir de pauta. Su artículo 1 estipula:

> "Se autoriza a las Municipalidades para que exoneren del pago de impuestos, aquellos lotes

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

> vacíos que existan en sus respectivas jurisdicciones y cuyos propietarios convengan en que sean temporalmente ocupados y destinados a campos de juegos infantiles".

De igual modo, en la Ley de Construcciones (núm. 833 del 4 de noviembre de 1949, reformada por la Ley núm. 1605 del 16 de julio de 1952), existe una regla que establece una forma de "servidumbre" en favor de las ciudades o poblaciones. De manera que también se encuentran en otras leyes y en este otro sentido, principios y antecedentes que pueden aplicarse y supuestos que se pueden ampliar para estructurar en forma sistemática las servidumbres personales de interés comunitario. El artículo 22 prescribe:

> "Zonas de restricción. La línea límite de construcción en los predios que por servidumbre hacia la ciudad o impuesta por fraccionadores, deben dejar zona de jardines o libres hacia la vida pública, será fijada por la Municipalidad, la que ejercerá una vigilancia para que en esas no se levanten construcciones que impidan la vista de las fachadas o que las mismas zonas se destinen a otro uso que el que imponga la servidumbre respectiva".

Es importante señalar que la Ley de Planificación Urbana obliga a los urbanizadores a reservar una área destinada a parque o campo de deportes; y esto indica una vez más, que la propiedad privada ha venido cumpliendo ciertos fines de utilidad pública, inclusive con implicaciones de trasferencia de dominio que a nadie se le ha ocurrido tildar de inconstitucionales hasta donde tenemos noticia.

Analizando el Índice de la Jurisprudencia del Tribunal de Casación sobre Derechos Reales (1888-1970) del Dr. Juan Luis Arias, se puede advertir que la única servidumbre de naturaleza similar a las que estamos sugiriendo es la servidumbre recíproca de pastizaje y abrevadero. En sentencia del 8 de enero de 1929 se resolvió: a) Que como propietario y poseedor del derecho de la Hacienda El Tempisque, tiene el actor señor Sobrado el derecho de cerrarla en cualquiera de las formas que indica el artículo 302 del Código Civil, cesando desde entonces, la servidumbre recíproca en cuanto a pastizal y abrevadero de los ganados de las haciendas de cría en sitios abiertos y colindantes que establecen el artículo 213 de la Ley de Policía y la Ley del 9 de junio de 1951. "Además en los resultandos se hace referencia a: debe entenderse que la mancomunidad subsiste única y exclusivamente con respecto a pastos y a abrevaderos mientras los fundos colindantes permanezcan abiertos, pero dicha mancomunidad en ninguna forma entraña la adquisición de un derecho a perpetuidad que llegue hasta el extremo de implicar el derecho del propietario y poseedor de cerrar sus predios en la forma en que una ley substantiva le permite; de modo que la mancomunidad establecida por el artículo 213 de la Compilación de las Leyes de Policía, cesa desde el primer momento en que uno de los propietarios colindantes cierra su predio, en consecuencia, el primer extremo demandado en este juicio es procedente y cabe declararlo así".

Resulta interesante referirse a las indicaciones que hace la Municipalidad de San José dirigidas a los propietarios de lotes vacíos para que cerquen y mantengan limpios esos terrenos. Es fácil comprender el propósito de la Municipalidad, pues se dirige a evitar que esos predios vacíos se conviertan en refugio o escondite de maleantes, aparte de que mediante la limpieza mejora el ornato de la ciudad y se previenen focos de contaminación. Todo eso está bien; pero mediante una legislación adecuada, que proteja al propietario, podría establecerse el uso temporal de esos lotes para que los niños hagan ahí sus juegos en vez de que permanezcan en las calles y puedan ser lesionados por algún vehículo o que vayan a lugares alejados o inconvenientes, en mengua del espíritu de vecindad y solidaridad humana que induce a todos los habitantes del barrio a cuidar por la seguridad de los menores.

En nuestro barrio, cuando éramos muchachos de escuela y de colegio, jugábamos en los lotes vacíos y en los potreros de una finca que empezaba después de la última manzana urbanizada. Disfrutábamos de una especie de servidumbre que existía de hecho, pues resulta obvio que no había sido constituida jurídicamente, con respaldo en alguna ley o por convenio entre los propietarios y los progenitores de los muchachos del barrio o una asociación comunal que los representara. En el barrio no había parque ni plaza, pero felizmente todo no estaba construido y en aquellos potreros y en los lotes vacíos los muchachos hacíamos nuestros juegos sin tener que alejarnos del barrio. Esos predios cumplían una función de carácter comunitario y los muchachos no causábamos perjuicio al dueño ni a ninguna otra persona.

Nuestra idea es que esas cosas puedan hacerse con fundamento legal, mediante una ley que también establezca suficientes garantías en favor del propietario, pues se sobreentiende que el uso del terreno vacío sólo podrá efectuarse en la medida en que no perjudique los derechos de aquel. Me cuenta mi madre que el dueño de uno de los lotes vecinos que usábamos para nuestros juegos, llegó a las casas de los muchachos y comunicó a nuestros padres que no estaba de acuerdo con que se utilizara su lote, pues podía constituirse una servidumbre.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

A estas alturas de nuestro trabajo, resulta necesario hacer la siguiente cita del "Programa Volvamos a la Tierra" para destacar los escasos efectos prácticos que tuvieron los lineamientos de política social: "Consecuentemente con las líneas de orientación filosófica y política del Programa de Gobierno, el Plan Nacional de Desarrollo 1982-1986 postula para el área social, un conjunto de acciones que ponen énfasis en la ejecución de programas y proyectos dirigidos, primordialmente a elevar la condición social de los costarricenses. Este concepto implica permitir o mejorar el acceso de los sectores de población más deprimidos, por una parte a los bienes de producción y, por otra, a los servicios básicos que el estado ha venido brindando a la población costarricense, con el objeto de incrementar la calidad de vida. Ambas se constituyen en condiciones esenciales para alcanzar una sociedad de democracia económica y de justicia social".[2]

Como complemento a nuestra anterior aseveración, podemos afirmar que el nivel de prioridad asignado al objetivo social de recuperar y fomentar las tradiciones populares dentro de los planes de desarrollo no es el óptimo que las circunstancias demandan. La misma afirmación podríamos hacer en relación con el objetivo social de elaborar programas recreativos que sirvan de profilaxis ante la alarma social que el incremento de la criminalidad ha producido en la opinión pública, alarma que es excitada por los medios de comunicación social.

Para la UNESCO, el desarrollo "debe de entenderse como una serie de procesos que emanan o se nutren de los valores, la experiencia histórica y los recursos de una sociedad determinada". Este concepto nos sirve para comprender aún más los resultados de una investigación, que se desarrolló en 1982 en el área social urbana marginada, Ciudadela 15 de Setiembre, cuya hipótesis rectora relacionaba el desajuste social juvenil con una urbanización rápida y mal planificada y con un bajo nivel de arraigo de las costumbres tradicionales.

II

Propiedades sobre las que se podrán constituir servidumbres:

a) Los bienes de propiedad privada del Estado están sujetos al régimen de las servidumbres, al igual si se tratara de bienes de propiedad particular.

b) Respecto de los bienes de dominio público del Estado, llamados demaniales, también podrán establecerse servidumbres, en favor o en contra. Dentro de este género de servidumbres se ubicarían las que se establecieran con fines ecológicos o en beneficio de las comunidades. Por ejemplo, crear un régimen especial de servidumbres cuando está de por medio el interés público. Esto ya existe en materia de aguas y en materia de tendido eléctrico.

c) Con respecto de terrenos de propiedad municipal.

d) Sobre fincas o terrenos de propiedad privada.

Nuestro trabajo propone el establecimiento de tres nuevas categorías de servidumbre, según sea su destino:

1) Servidumbre de cultivo.
2) Servidumbre ecológica y de ornato.
3) Servidumbre recreativa.

A este respecto resulta ilustrativo citar el artículo 3000 del Código Civil argentino:

> "Se pueden constituir servidumbres cualquiera que sea la restricción a la libertad de otros derechos reales sobre los inmuebles, aunque la utilidad sea de mero recreo; pero si ello no procura alguna ventaja a aquel a cuyo favor se establece, es de ningún valor".[3]

Si bien nuestro Código Civil no contempla las servidumbres personales (cosa que sí hacen el Código español y el alemán, no podríamos afirmar que el régimen costarricense es de "numerus clausus", pues mientras no se atente contra el orden

---

2. MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN NACIONAL Y POLÍTICA ECONÓMICA, *Plan Nacional de Desarrollo 1982-1966: "Volvamos a la Tierra"*, tomo I: Diagnóstico y estrategia global, pág. 106.

3. ALLENDE, Guillermo, *Tratado de las servidumbres*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 445 páginas. Pág. 306.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

público, se podrán establecer por convenio cualesquiera servidumbres personales. Nuestro Código regula las servidumbres legales, las forzosas, las que se establecen por convenio y las que se constituyen a través del tiempo y se basan en la tolerancia o presunto consentimiento del dueño.

Las nuevas servidumbres propuestas son fundamentalmente positivas (imponen al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa o de hacerla por sí mismo), si bien en el caso de las limitaciones por razones ecológicas, estamos en presencia de una de naturaleza negativa (la que prohíbe al dueño del fundo sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre, en el entendido claro que se respeten las disposiciones de la Ley Forestal).

En el desarrollo de nuestro trabajo, hemos partido fundamentalmente de lo que la intuición y la imaginación han considerado pertinente, de cara al rescate de nuestros valores y tradiciones. Sin embargo son dignas de mencionar las críticas que un sector de la doctrina hace a nuestro planteamiento: "A nadie escapa lo retorcido de esta configuración, para lo cual la servidumbre se constituye en favor de una comunidad de personas, que serían portadoras de un interés general. Este sería desplazado por el ente público a los particulares. Dicha configuración es por lo demás contraria al mismo artículo 825, que considera públicos tales derechos: si son públicos, no pueden ser sino del ente público, y, por tanto, los particulares son usuarios pero no sujetos del derecho"[4]. A lo anterior cabe apuntar, que la comunidad a que nos referimos es una comunidad organizada y no indeterminada, por lo que puede ser titular de derechos y accionar, en asocio con la administración, para defenderlos. Comprendemos que en la actualidad las comunidades de vecinos se encuentran desorganizadas; esto implica entablar un proceso de desarrollo comunitario que remate en la conformación de una conciencia colectiva. La institución de la plaza pública y cultural nos puede servir de instrumento para establecer el contacto popular y el enrolamiento en las tareas productivas, de ornato y de promoción ambiental. De igual forma, la constitución de mercados o ferias de ciudadanos es un importante mecanismo para el logro de nuestro objetivo: satisfacer las necesidades de los habitantes de la ciudad. A ellos podrán acudir los grupos de productores y los artesanos, quienes intercambiarán sus productos teniendo en mira el desarrollo de una economía consuntiva realizada por personas no dedicadas profesionalmente a la actividad mercantil.

Para terminar, debo puntualizar, que nuestra estrategia y enfoque desemboca en la postulación de estímulos al propietario del fundo sirviente en forma de exenciones tributarias y otros, que vengan a contrarrestar la carga de imposiciones que la administración usa aplicar, teniendo en mira la consecución de sus fines.

BIBLIOGRAFÍA

BIONDI, Biondo, ***Las servidumbres,*** Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978.

RIVERO, Enrique, ***El deslinde administrativo,*** Instituto García Oviedo, 1967.

ALLENDE, Guillermo, ***Tratado de las servidumbres,*** Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

GARRIDO, Fernando, ***Tratado de Derecho Administrativo,*** Centro de estudios constitucionales, Madrid. Vol. II, 1985.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, ***Sistema de Derecho Civil,*** Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1981. Vol. III.

ARIAS, Juan Luis, ***Índice de la jurisprudencia del Tribunal de Casación sobre Derechos Reales,*** 1888-1970.

COTO MARTÉN, Fernando, ***Recreación y prevención del delito,*** Ponencia presentada al I Congreso Latinoamericano de Juventud y Tiempo Libre, Hotel Herradura, junio, 1984.

MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN NACIONAL Y POLÍTICA ECONÓMICA, ***Plan Nacional de Desarrollo 1982-1986: "Volvamos a la Tierra".***

***

4. **BIONDI, Biondo, *Las servidumbres*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978, 1710 páginas. Pág. 1366.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA MANERA DE LA MUERTE

DR. EDUARDO VARGAS ALVARADO
Catedrático de Medicina Legal, Universidad de Costa Rica. Jefe del Departamento de Medicina Legal, Poder Judicial de Costa Rica.

El abogado suele experimentar confusión cuando en el dictamen sobre una autopsia médico-legal encuentra los conceptos "causa de muerte" y "manera de muerte".

Como es precisamente la "manera de la muerte" la que definirá las acciones judiciales a seguir, hemos creído conveniente dedicar el presente trabajo a aclarar lo que debe entenderse como tal.

Aspectos médico-legales.

En el medio hospitalario, al patólogo le basta establecer la causa de la defunción. Los casos que le corresponde autopsiar son todos muertes naturales.

En el medio judicial, en cambio, el médico forense, además de la causa de la muerte, debe establecer alternativas en los probables mecanismos médico-legales del deceso.

Estos mecanismos constituyen la *manera de la muerte,* que puede definirse como "el carácter homicida, suicida, accidental, natural o indeterminado de una muerte, desde el punto de vista médico-legal".

Por ejemplo, una hemorragia en la superficie del cerebro (hemorragia subaracnoidea) puede deberse a una elevación espontánea de la tensión arterial, a una caída, a una precipitación voluntaria desde un punto elevado o a un golpe en la cabeza asestado con la intención de matar por otra persona. Es decir, una misma causa de muerte puede, de acuerdo con ese ejemplo, tener una manera de muerte natural, accidental, suicida u homicida, respectivamente.

El propósito de incluir este concepto en un dictamen es orientar a la Administración de Justicia acerca de *quién* y *cómo* causó el fallecimiento de una persona.

En esta línea de pensamiento debe interpretarse:

a) *Manera de muerte homicida:* deceso fue el resultado de la acción violenta de otra persona.
b) *Manera de muerte suicida:* la víctima se autoeliminó deliberadamente.
c) *Manera de muerte accidental:* se refiere al deceso que resultó de la acción u omisión no intencional de un tercero.
d) *Manera de muerte natural:* engloba toda defunción debida a enfermedad de aparición espontánea y cuya evolución inexorable culmina con la muerte.
e) *Manera de muerte indeterminada:* es un recurso ante la imposibilidad científica de establecer el mecanismo de una defunción. Corresponde a la situación en que el médico no encuentra elementos de juicio para pronunciarse en forma definitiva sobre este aspecto. Es frecuente en caso de cadáver en putrefacción avanzada o en reducción esquelética.

Diagnóstico médico-legal: como actitud general, el médico forense debe considerar el homicidio como primera posibilidad ante toda muerte, mientras no se demuestre lo contrario.

A partir de ese criterio, sucesivamente descartará posibilidades hasta llegar a la manera de muerte correcta.

Para este diagnóstico tendrá como elementos de juicio:

1. *Escena de la muerte*
2. *Lesiones en el cadáver*
3. *Instrumentos, armas o agentes*
4. *Pruebas circunstanciales*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

1. La *escena de la muerte* orienta en cuanto al aspecto general, y el orden y ubicación de las cosas en relación con el cadáver.
   a) *Homicidio* si hay desorden y el arma está distante o ausente.
   b) *Suicidio* si todo está en orden y el arma está cerca del cadáver.
   c) *Accidental* si se conservan las características de una actividad cotidiana, en medio de la cual ocurrió la violencia o la muerte repentina.

2. Las *lesiones en el cadáver* orientan por su localización, su número y tipo.
   a) *Localización* en zona accesible a la víctima en los suicidas.
   b) *Número* hasta dos heridas mortales por arma de fuego en los suicidas.
   c) *Tipo* como heridas contusocortantes, estrangulación a mano y disparo de corta o larga distancia en los homicidios. Por el contrario, heridas incisas, disparo de contacto, ahorcadura, ingestión masiva de tóxico deben orientar a suicidio. Mientras el atropellamiento por vehículo automotor y la ahorcadura erótica, deben sugerir accidente.

3. *Instrumento, arma o agente* sugieren homicidio cuando dan al agresor la ventaja de la distancia.
   a) *Homicidio:* machete, rifle, escopeta.
   b) *Suicidio:* hoja de afeitar, pistola, revólver, cuerda de ahorcadura.
   c) *Accidente:* automóvil que a gran velocidad golpeó a la víctima, andamio endeble que no soportó el peso del trabajador.

4. *Pruebas circunstanciales*
   a) *Antecedentes de la víctima* (trastorno mental, problemas familiares y estado financiero, orientan a suicidio)
   b) *Cartas de despedida* sugieren suicidio.
   c) *Examen de las ropas* que permitan establecer si están indemnes como en los suicidios y muertes naturales, o dañadas en los homicidios y accidentes (marcas de neumáticos en los hechos de tránsito).
   d) *Examen de las manos* que puede mostrar heridas de defensa en homicidios por arma de fuego o por arma blanca; manchas de pólvora en suicidios con armas de fuego cortas; manchas de sangre en una o en ambas manos, en suicidio y homicidio por arma blanca, respectivamente; cabellos y piel del agresor en casos de violación.

En otros casos, el médico forense solamente puede dar alternativas de manera de muerte, las cuales supedita al resultado de estudios adicionales que él mismo sugiere. Por ejemplo, en las intoxicaciones por tranquilizantes si el laboratorio informa de una concentración muy elevada en sangre la manera de muerte será suicida, mientras una concentración moderada que coexista con un nivel discreto de alcohol inclinará el criterio a manera de muerte accidental. En otras ocasiones, puede ser la investigación policial la que defina la situación cuando descubre móviles y nota de despedida que permitan esclarecer que se trataba de una autoeliminación.

Aspectos jurídicos.

La vida es el bien jurídico supremo. De ahí la importancia legislativa de los delitos en su contra.

El *homicidio* es definido como la destrucción de la vida de otro hombre. El objeto de este delito es el derecho a la vida.

Hay elementos comunes a todo homicidio y elementos específicos que permiten clasificarlos en diversos tipos, según las legislaciones.

Como elementos comunes están:
a) *Sujeto activo:* cualquier persona humana
b) *Sujeto pasivo:* persona humana
c) *Acción:* matar
d) *Resultado:* la muerte

Como elementos específicos están: el vínculo y su conocimiento; el modo o forma de comisión; el empleo de determinados medios; los móviles y fines; la participación premeditada y la condición del sujeto pasivo.

El Código Penal de Costa Rica distingue cinco tipos:
a) Homicidio simple (artículo 111).
b) Homicidio calificado (artículo 112).
c) Homicidio especialmente atenuado (artículo 113).
d) Homicidio por piedad (artículo 116).
e) Homicidio culposo (artículo 117).

Las penas oscilan en prisión de seis meses, como mínimo en el culposo, a veinticinco años como máximo en el homicidio calificado.

El *suicidio* es definido como la muerte voluntaria de un individuo. La legislación costarricense contempla la *tentativa de suicido* (artículo 114) para la cual impone tratamiento psiquiátrico, y la *instigación o ayuda al suicidio* (artículo 115) que se reprime con prisión de uno a cinco años si se consuma, y de seis meses a tres años, si el intento produce lesiones graves.

La muerte accidental es la causada por la imprudencia, negligencia, impericia en su arte o pro-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

fesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes de su cargo del autor.

Discordancias médico-jurídicas.

Es lógico que no exista, a veces, coincidencia entre la manera de muerte que establece el médico forense y la calificación a que arriba el juez después de recabar otras pruebas judiciales.

Así, por ejemplo, un disparo desde corta distancia con una arma de fuego es "homicida" para el médico forense, mientras no se demuestre lo contrario. Puede ser que en el curso de la investigación judicial se llegue a la conclusión de que fue efectuado por el autor con la deliberada intención de matar, o que, por el contrario, resultó de un disparo involuntario, por negligencia de quien limpiaba un arma. Desde el punto de vista jurídico, en el primer caso habrá dolo, y en el segundo culpa de parte del autor del disparo.

El típico atropello o atropellamiento por automóvil suele causar defunciones cuya manera de muerte es accidental para el médico. Sin embargo, para el jurista puede corresponder a homicidio culposo.

Lo importante es que el médico da los indicios para emprender una investigación judicial orientada.

BIBLIOGRAFÍA

ADELSON, Lester: *The Pathology of Homicide,* Thomas, Springfield, 1974, pág. 16.

CURRAN, William K.; McGARRY, A. Louis and PETTY, Charles S.: *Modern Legal Medicine, Psychiatry and Forensic Science,* Davis Philadelphia, 1980, págs. 78, 80.

GONZÁLEZ, Thomas A.; VANCE, Morgan; HELPERIN, Milton and UMBERGER, Charles J.: *Legal Medicine,* 2d. ed., Appleton, New York, 1954, págs. 8-16.

TERAN LOMAS, Roberto A.M.: *Derecho Penal,* Parte Especial, tomo 3 Astrea, Buenos Aires, 1983, págs. 17, 38.

VARGAS ALVARADO, Eduardo: *Medicina Legal,* 3a. ed., Lehmann Editores, San José, 1983, págs. 12-13.

***