Escuela Judicial
Lic. Édgar Cervantes Villalta

Revista
Escuela Judicial Nº 10

2015

Escuela Judicial
Lic. Édgar Cervantes Villalta

Revista
Escuela Judicial Nº 10

2015

ISSN:1409-4347

ADVERTENCIA
En conformidad con la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, se prohíbe la reproducción, transmisión, grabación, filmación total o parcial del contenido de esta publicación mediante cualquier sistema de reproducción, incluido el fotocopiado. La violación a esta ley por parte de persona física o jurídica, será sancionada penalmente.

Esta obra ha sido producida sin fines de lucro de manera que está prohibida su venta.

ESCUELA JUDICIAL
Lic. Édgar Cervantes Villalta
"Fortaleciendo el futuro de la justicia en Costa Rica"

Teléfono: 2267-1541 – 2267-1540
Fax: 2267-1542
Apartado: 285-3007, San Joaquín de Flores, Heredia
Dirección electrónica: www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial

Ciudad Judicial de San Joaquín de Flores, Heredia, Costa Rica

Consejo editorial

Licda. Ileana Guillén Rodríguez

Dr. Juan Carlos Segura Solís

Licda. Sandra Zúñiga Morales

Licda. Laura León Orozco

Dr. Erick Gatgens Gómez

M.B.A. Xinia Fernández Vargas

M.B.A. Magdalena Aguilar Álvarez

Diseño gráfico:

Área de Sevicios Técnicos, Unidad de Producción Multimedia, Escuela Judicial de Costa Rica.

Diseño de portada y diagramación:

Raúl Esteban Barrantes Castillo

Edición 2015©

Listado de artículos

Vulnerabilidad social y algunas consideraciones con respecto al delito realizado por personas menores de edad 5

La no aplicación del principio dispositivo en los procesos de violencia doméstica 15

Control difuso de convencionalidad: una invitación garantista para soslayar el tratamiento inconvencional de la detención provisional en penal juvenil 29

La justicia en las políticas públicas del estado democrático notas introductorias para conceptualizar

La justicia en el estado de derecho actual 56

Concurso ideal en el caso de juzgarse un robo agravado con pluralidad de víctimas 109

Vulnerabilidad social y algunas consideraciones con respecto al delito realizado por personas menores de edad

Thelmo Flores León

Introducción

Ante una denuncia en la que una persona menor de edad figura como imputada, cabe preguntarse, más allá de las garantías procesales, cuál es mi percepción en torno a esta población, ya que dicha postura puede marcar la forma en que se interviene, desde cada ámbito de acción.

Creo que desde esta perspectiva, existen al menos dos alternativas que se han adoptado frente a quien figura como persona imputada en un proceso penal; lo que no necesariamente implica que exista una toma de conciencia con respecto a esta posición asumida, pero si va a tener implicaciones en la respuesta judicial que se brinde a la persona menor de edad, a quien es necesario visualizar como un sujeto particular y no como un sujeto indeterminado.

A partir de lo anterior, el objetivo de este ensayo es ofrecer una conceptualización acerca de estas dos posiciones que, desde mi punto de vista, corresponderán a la clínica de la peligrosidad y a la clínica de la vulnerabilidad.

A su vez, permitirá, desde el abordaje de otros conceptos, identificar y poner en evidencia el hecho de que desde la temprana infancia, se puede ir gestando una trayectoria de vulnerabilidad, la cual va a favorecer una posible corresponsabilidad con la comisión de delitos en persona menores de edad.

Clínica de la peligrosidad

La "Clínica de la Peligrosidad" se sustenta de manera encubierta en la criminología positivista, en la que se visualiza el peligro como algo inherente a la persona. A partir de lo anterior, la peligrosidad implica un riesgo para un sistema social y, a partir de esa sensación, surgen sentimientos de inseguridad, rechazo y peligrosidad, los cuales se materializan en políticas de endurecimiento de las penas, convirtiéndose la privación de la libertad en aquella alternativa de disuasión más promovida.

Robles (2007) retoma a Zaffaroni[11], quien cuestiona el sistema penal, al realizar una crítica de las ideologías que apuntan hacia la resocialización, esto porque indica que las personas sujetas del sistema penal son aquellas que portan un estigma criminal y que, por lo tanto, están relacionadas con una lógica positivista. En este contexto, no se toma en consideración, por ejemplo, el hecho de que fueron vulnerables a la acción selectiva de ese sistema penal.

1 Abogado y escribano argentino graduado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires en 1962, doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral (1964), actualmente es ministro de la Corte Suprema de Justicia de su país desde 2003, hasta el 2015.[

A este respecto, Aniyar (2011) señala:

La carga más pesada que deja el positivismo, es su insistencia en el peligrosismo, el cual, como consecuencia de pronósticos supuestamente científicos, condujo al Derecho Penal de Autor, basado en las características personales del imputado. Igualmente, a la sujeción del mismo, no sólo a las medidas de seguridad, que suelen ser indeterminadas en su duración, o se acumulan a las penas, sino a agravantes por reincidencia y habitualidad.

Clínica de la Vulnerabilidad

Como contraparte, al anterior enfoque, se plantea la Clínica de la Vulnerabilidad, enfoque que a su vez, se instala dentro de la Criminología Crítica, la cual introdujo el cuestionamiento sobre el poder y los intereses existentes de forma encubierta y, en esta línea de pensamiento, propone de forma coherente, el compromiso con la justicia social como una tarea necesaria de la criminología.

En esta línea de ideas, se considera que la política criminología más efectiva sería una política social, desde la cual, se genere entre otros aspectos, una adecuada distribución de los ingresos y, por ende, que tienda a mejorar la capacidad adquisitiva de la ciudadanía

De acuerdo con Domínguez (2010), el modelo de Clínica de la Vulnerabilidad gira en torno a los siguientes conceptos:

1. La doctrina de los derechos humanos, como principio filosófico del realismo marginal latinoamericano, el cual reconoce la selectividad de la población sujeta al control social, determinante de su situación de vulnerabilidad.
2. La factibilidad de atender dichas problemáticas a través de instrumentos alternativos.
3. La interdisciplina, por reconocer la multicausalidad del fenómeno de la transgresión de la ley.

Este enfoque propone el hecho de que ciertas condiciones personales y socioeconómicas pueden facilitar que determinada población se constituya en vulnerable al control social penal. Esto favorece superar el planteamiento de peligrosidad proveniente de la criminología crítica, ya que remite a una confrontación entre la delincuencia y la cuestión social.

Por tanto, va más allá del sujeto y procura visualizar la existencia de una violencia estructural que favorece en gran medida la conducta problemática de la población adolescente, esto en el marco de un Estado que poco a poco va limitando el acceso a los bienes y servicios, lo que en diferentes planos, promueve el irrespeto a los derechos fundamentales.

Según Domínguez (1995), vulnerabilidad psicosocial es

[...] el grado de fragilidad psíquica que la persona tiene por haber sido desatendida en sus necesidades psico-sociales básicas: seguridad afectiva, económica, protección, educación, tiempo de dedicación; como así también, comida, agua potable, trabajo y salud. La situación de vulnerabilidad se juega predominantemente frente a lo social, ya que se genera como una falla en la contención (grupal comunitaria), al no poder garantizar el efectivo acceso a los derechos humanos fundamentales.

Vulnerabilidad, reseña el autor, deriva de herida, lo que trae a imagen a la persona susceptible de ser dañada desde distintas formas. Es decir, la carencia de recursos, posibilidades y habilidades van reproduciendo condiciones en las que las personas se ven excluidas de un orden social, en el cual se sobrevive desde la tenencia, lo que a su vez posibilita un estatus.

Por lo anterior, la clínica de la vulnerabilidad considera que el peligroso no nace, se hace y, si se hace, señala Domínguez (1995), implica que cuando fue vulnerable, se dejó avanzar hacia ese estado de vulnerabilidad. En este sentido, la persona puede ser vulnerable desde la gestación. Literalmente el autor señala:

En los momentos del nacimiento y en la primera infancia, se sitúan los momentos de mayor vulnerabilidad. Durante la construcción de la subjetividad, esos momentos son también determinantes porque es donde se construye la forma de expresar y recibir las demandas, de responder a las mismas.

La definición de vulnerabilidad psicosocial hace referencia a una serie de factores relacionados no solo con la satisfacción de las necesidades básicas, si no además con aspectos asociados al afecto, educación y protección. Estas variables, para algunos sectores sociales con mayores ventajas económicas y organizacionales, pueden resultar de por sí satisfechas y se observan y manifiestan en hábitos y conductas que se dan por "normales" en la interacción social.

Sin embargo, dichas conductas esperadas y visualizadas como "normales" tienen un trasfondo y un proceso socializador, el cual no es igual para todos y todas y, desde ahí, algunas personas son excluidas de determinados ámbitos sociales y enfrentan limitaciones para integrarse, lo cual las va constituyendo como vulnerables, frente a un orden social determinado y, en este caso, regido por un sistema penal retributivo.

Por lo anterior, parece necesario considerar algunos conceptos determinantes en la formación y construcción de la personalidad; entre estos, el concepto de socialización.

Socialización implica un medio por el que se transmite la cultura de una generación a la otra. Para Arnett (1995) citada por Musitu (2000:16), la socialización

[...] es un proceso interactivo mediante el que se transmite contenidos culturales que se incorporan en forma de conductas y creencias a la personalidad de los seres humanos. También se puede definir como un proceso de aprendizaje no formalizado y en gran parte no consciente en el que, a través de un entramado y complejo proceso de interacciones, el niño y adolescente asimilan conocimientos, actitudes, valores, costumbres, necesidades, sentimientos y demás patrones culturales que caracterizaran para toda la vida su estilo de adaptación al ambiente.

A partir de las anteriores definiciones, quisiera señalar algunas ideas que permiten entender cómo este proceso va permeando en las personas. Se señala un proceso encubierto que remite a una serie de mensajes que, aunque no se brinden de manera explícita, si se transmiten de forma tal que van generando una postura con respecto a lo que se debe y no se debe hacer. A su vez, se refiere la incorporación de conocimientos, actitudes, valores y necesidades, lo que nos lleva a preguntarnos qué es lo que han aprendido y de dónde lo han hecho las personas menores de edad sujetas a procesos penales juveniles, esto considerando los antecedentes familiares y contextos comunitarios en los que han crecido.

A partir de mi experiencia como perito en trabajo social del Departamento de Trabajo Social y Psicología del Poder Judicial, he podido observar cómo conductas recriminadas social y penalmente se vienen incorporando desde la infancia en el repertorio de intercambio social de los y las jóvenes que se atienden en esta materia. Considero que este aspecto es medular ante un análisis del concepto de culpabilidad penal, sobre todo en lo relacionado al conocimiento del injusto penal y de la exigencia conforme a derecho.

Se ha establecido que la socialización primaria se desarrolla en la familia y, a partir de esta idea, no se tiene en el imaginario social cualquier familia. Creo que se idealizó una familia nuclear, estable y funcional, en la que diferentes encargos sociales otorgados a este grupo social se relacionaban en última instancia, con el adecuado crecimiento y cuidado de sus miembros. No obstante, las familias se han modificado, no solo con respecto a su estructura, sino también con respecto a su dinámica.

Creo que los seres humanos y, en especial, las personas menores de edad requieren tres tipos de contención entre otros aspectos: contención material, relacionada con la satisfacción de sus necesidades básicas (alimentación, techo, salud, entre otras); contención afectiva, vinculada con la creación de lazos afectivos estables y confiables y, por última, la contención conductual, orientada hacia la puesta en escena de la autoridad, límites, sanciones, aspectos que implican, supervisión y control que toda persona menor de edad requiere.

En el libro de Polaino-Lorete y Martínez (1998), se retoma a Olson, Russell y Sprenkle, quienes explican que en torno al estudio de la familia, existen tres variables que han sido comunes y contemplados por diferentes autores. Estas variables son la cohesión, la adaptabilidad y la comunicación familiar.

La primera es definida desde este modelo, según dos componentes: el vínculo emocional que entre ellos los y las miembros de una familia tienen, y el nivel de autonomía individual que una persona experimenta en el ámbito de su propia familia.

Según los autores, la adaptabilidad es la habilidad de un sistema conyugal o familiar para cambiar su estructura de poder, los roles y las reglas de la relación, en respuesta al estrés provocado por una situación concreta y determinada o por el desarrollo vital evolutivo de toda la familia.

La definición del sistema familiar adaptativo, de Polaino-Lorete y Martínez (1998), integra la estructura de poder familiar (asertividad y control), los estilos de negociación, la relación entre roles sexuales y reglas de la relación y la retroalimentación (positiva y negativa).

Con respecto a la comunicación, Gallego (2006) retoma a Galvin y Brommel (1986), ya que desde su perspectiva, recogen en su definición lo fundamental de las conceptualizaciones de comunicación, al considerarla como un proceso simbólico transaccional, el proceso de crear y de compartir significado. La autora agrega que, desde lo transaccional, las personas que participan del acto comunicativo se impactan de forma recíproca; una persona afecta a la otra, quien a su vez es afectada por la primera de múltiples maneras.

A este respecto, desde las evaluaciones sociales periciales que he realizado en el ámbito penal juvenil, me he encontrado con que al tratar de ubicar las variables y los tipos de contención mencionados, en familias de las personas valoradas, surgen dificultades importantes de funcionamiento, debido a que por una parte, existen limitaciones en las estructuras familiares (lo que afecta la dinámica) y, por otra, variables tales como afecto, disciplina, apoyo se presentan de manera débil. En tanto, me impresiona que, ante diferentes circunstancias adversas, los grupos familiares, en primera instancia, intentan sobrevivir, por lo que en otro orden de prioridades, se encuentran la educación y el control de sus hijos e hijas.

A modo de ejemplo, no se puede obviar que muchas de las familias de las personas menores de edad que he atendido son uniparentales. La madre, como jefa de hogar, sobrecargada de demandas instrumentales, debe salir a laborar, para llevar el sustento a su familia, con lo que las tareas de supervisión y control se ven en muchas ocasiones afectadas; por ejemplo, como un joven señaló en una entrevista, que su madre lo castigaba y no le permitía salir, pero cuando ella se iba a laborar, no había nadie que lo hiciera cumplir con dicha sanción.

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS,1989), citada por el Consejo Nacional para el control de estupefacientes (CONACE, s.f.:50):

> *[...] para tener un desarrollo saludable los y las adolescentes necesitan primero haber tenido una infancia saludable; segundo, contar con ambientes seguros que los apoyen y brinden oportunidades a través de la familia, los pares y otras Instituciones sociales; tercero, información y oportunidades para desarrollar una amplia gama de actividades prácticas, vocacionales y de vida y por último, tener acceso con equidad a una amplia gama de servicios, tales como educación, salud, empleo, justicia y bienestar.*

Dicho texto de la OMS permite retomar a manera de síntesis los aspectos que los adolescentes requieren para un adecuado desarrollo. Sin embargo, estos requerimientos contrastan con las realidades de vida de muchas de las personas que he atendido en mi práctica profesional, ya que, por una parte, como mencioné, existen carencias familiares y, por otra, se han visto enfrentados a la falta de oportunidades para concebir un plan de vida, en tanto, existe una carencia de recursos de apoyo para poblaciones vulnerables, sin contar con que cada vez los mercados laborales se van ensanchando.

Ahora frente a este panorama, creo importante ofrecer algunos elementos con respecto a la población adolescente y hablo de adolescentes de manera general, sin considerar únicamente a aquellos que enfrentan un proceso Judicial, esto con el objetivo de hacer manifiesto una serie de dificultades evolutivas que este segmento poblacional debe ir superando y enfrentando en el diario vivir.

La adolescencia como etapa evolutiva convoca una serie de cambios y de retos en las personas que la transitan, el salir positivamente librados de esta conlleva entonces a la posibilidad de contar con recursos tanto internos, como externos que apoyen y acompañen a los y las adolescentes ante esta tarea.

Se puede decir que la adolescencia es la etapa de la vida en que se producen los procesos de maduración biológica, psíquica y social de un individuo, alcanzando así la edad adulta y culminando con su incorporación en forma plena a la sociedad. (OMS, 1975, citado por CONACE, s.f.).

Algunas de las características de la adolescencia y que, desde mi experiencia, pueden tener un impacto mayor en la generación de conductas desviadas son las siguientes: Necesidad de conformación intragrupal: durante nuestra vida, pertenecer a algo, ser parte de algo, se convierten en un necesidad imperante. Sin embargo, durante la adolescencia, dicha necesidad adquiere mayor relevancia, lo que implica, a su vez, un posible riesgo, ya que durante esta etapa, los pares se pueden convertir en un grupo de referencia que puede afectar la toma de decisiones personales.

En el grupo de adolescentes varones, existe un riesgo relacionado con los tipos de comportamientos que se reproducen a partir de la socialización diferenciada, ya que es el lugar donde los jóvenes reproducen y ensayan sus roles de "hombre macho". Este aspecto implica un posible riesgo porque algunas de las conductas esperadas tienen que ver con la manifestación de la violencia y las posibles conductas relacionadas con una sexualidad más instrumental.

Otra de las características es la sensación de invulnerabilidad: egocentrismo, omnipotencia y la búsqueda de nuevas sensaciones derivadas de la orientación a la novedad y a la independencia, las cuales pueden a su vez generar conductas de riesgo contra sí mismo y contra otras personas.

La tendencia al hedonismo y la baja tolerancia a la frustración son otras de las sensaciones experimentadas, dinámica en la que se puede buscar una recompensa inmediata, sin realizar un esfuerzo proporcional.

Perspectiva negativa de futuro: Incertidumbre y falta de oportunidades hacen que un proceso como la adolescencia, que debe culminar en un proyecto coherente y con sentido, se vea como algo preocupante, ya que en la actualidad existen limitadas opciones de superación para jóvenes en condiciones de vulnerabilidad.

El presentismo, posición en la que se vive solo el presente; conlleva también al riesgo de actuar por impulsividad, aspecto que favorece la acción por encima del pensamiento. A este respecto, llama la atención el concepto citado por Kessler (2004), racionalidad suspendida, en el cual desaparece un análisis en torno a las consecuencias de una acción delictiva, en el tanto priman los aspectos positivos de la acción como tal.

Considerando estas características, sin dejar de lado lo apuntado a la socialización, se podría explicar el hecho de que muchos delitos aparecen asociados más a una etapa evolutiva y menos a una carrera delictiva ya instalada en el joven. Kessler (Kessler, 2004: 64) afirma que: "*[...] sin embargo, serán los más recientes trabajos multifactoriales los que permitan elucidar las características de las carreras criminales. Ellos muestran picos de actividad delictiva en edades adolescentes y un posterior abandono general, cuando solo una pequeña minoría emprende verdaderas carreras delictivas*".

En este sentido y como una propuesta sintetizadora de lo expuesto, Palomba afirma (2004: 48):

Marcar y aislar un hecho en una personalidad en permanente cambio, y atribuir a éste casi automáticamente una consecuencia penal, puede ser:

1) *desacertado, porque es fruto de una consideración no satisfactoria de la condición juvenil y de la mutabilidad típica de la etapa adolescente*
2) *injusto, porque no tiene en cuenta los esfuerzos positivos que todo muchacho cumple en el cambio hacia la madurez*
3) *peligroso, porque puede crear procesos que lleven a estigmatizar y auto realizar profecías negativas contribuyendo al aumento de las franjas de marginalidad social, fenómenos que aparecen a menudo en apreciable medida,"*

En relación con la conducta criminal, retomándola como una conducta de riesgo, durante la adolescencia, consideré importante incorporar algunas teorías explicativas sobre esta. De acuerdo con lo planteado por Kessler (2004), cada teoría implica un modelo del funcionamiento del mundo y, por lo tanto, dichas explicaciones son inconclusas. Sin embargo, estas teorías, en su conjunto, posibilitan un amplio abanico de posibilidades de análisis frente al accionar y motivación de las personas menores de edad que se ven inmersas en un proceso judicial. y lo interesante es que desde mi perspectiva muchas de las explicaciones se conjugan o están presentes en las motivaciones o condiciones de las personas que he valorado.

La Escuela de Chicago

La Escuela de Chicago (años treinta en adelante) plantea que los factores del hábitat urbano podrían favorecer el delito.

A partir de estudios, han propuesto que el hecho de que una comunidad tenga mala reputación incide en la estigmatización de sus habitantes. Este aspecto no necesariamente influye en el crimen de manera directa, pero podría posibilitar mayor tolerancia y naturalización del delito, debido a que se reducen la capacidad de instituciones y el interés del Estado por ejercer control en ese tipo de comunidades.

Las teorías subculturalistas

Son antecedidas e influidas por la Escuela de Chicago y la teoría de la transmisión cultural o asociación diferencial de Sutherland (1924), cuyo aporte más importante fue establecer el hecho de que el comportamiento desviado se aprende. Por eso plantea las asociaciones diferenciales, las cuales facilitan desde la aprensión de técnicas de comisión del delito hasta justificaciones necesarias para hacerlo.

Dos conceptos fundamentales: el principio de aprendizaje, que plantea que la conducta delictiva se aprende, y el principio de asociación diferencial, que afirma que dicha conducta se aprende de las otras personas.

La anomia de Merton y la teoría de la tensión

La teoría de la tensión (finales de los años treinta) se fundamenta en el funcionalismo. Propone que los delincuentes potenciales se caracterizan por sufrir fuerzas contradictorias que les crean una tensión, y una de las formas de solución sería delinquir.

Según esta teoría, las fuentes de tensión son: la situación económica (pobreza), género (masculino) y la edad (adolescencia o adultos jóvenes).

La más importante de estas teorías es la de Merton, la cual señala el conflicto existente entre estructura social y los valores culturales; es decir, entre objetivos legítimos (valor realzado la riqueza) por una sociedad y los medios para alcanzarlos.

En la sociedad, las posibilidades o medios para alcanzar la riqueza no son distribuidos por igual. En ese contexto, se crea la tensión, la cual implica una situación de anomia con una respuesta que puede ser el comportamiento delictivo que para Merton no solo es un problema de socialización, sino además una situación creada estructuralmente producto de la tensión entre objetivos (éxito económico) y medios legítimos existentes.

Las teorías del control social

Dentro de la sociología del crimen norteamericano, se difundieron las llamadas teorías del control social. En 1969, su teórico más importante fue Hirschi con su trabajo *Causes of delinquency*.

Este autor propone que cualquier persona puede cometer un acto delictivo. En este sentido, lo que se cuestiona es por qué la acción delictiva no es efectuada. Ante lo que propone que existen instituciones que retienen esas tendencias delictivas aparentemente innatas. En este sentido, explica que si una persona comete un delito, se debe a que se ha debilitado o eliminado el vínculo que lo une a la sociedad, por intermedio de la familia, la escuela y el ambiente profesional (que lazos tienen nuestros jóvenes). Por lo anterior, solo un cálculo racional podría convencerlo de no delinquir. Pero debido a que el delito brinda gratificaciones más rápidas que el respeto de la ley y, por otra parte, no existen ligazones sociales, existe poca contención.

La teoría del etiquetamiento

Se apoya en el interaccionismo simbólico. Propuesta por Becker y Ericsson, fue la teoría más influyente en los años setenta y se preocupa por resolver la siguiente interrogante:

¿Qué ocurre cuando alguien es identificado y definido como delincuente?

A lo que responden que la persona, una vez etiquetada de delincuente, se le ve como eso, se le restan otras posibilidades, asume una nueva identidad que tendrá consecuencias significativas en su comportamiento. Será excluida de algunas personas y de algunos espacios, pero estará integrada en otros, desde donde podrá defenderse de un entorno hostil.

Conclusiones

En estas conclusiones, quisiera retomar el concepto de socialización como un término amplio y que implica transmisión de información a lo largo de la vida de una persona.

Por una parte, la socialización tiene una función homogeneizadora (normas y expectativas comunes para todas las personas de una sociedad). Pero, también contiene una función diferenciadora que se realiza a partir de distintas variables, sociodemográficas y socioeconómicas–culturales. Este hecho pone sobre el tapete la explicación de que no se socializa a todas las personas de la misma forma. Por consiguiente, la incorporación de la información (que opera en el esquema mental de las personas) entonces implicaría un proceso diferenciado en donde la manera en que se piensa y actúa respondería al ámbito concreto en el que se fue y se es socializado.

En este sentido, cabría preguntarse cómo juega un derecho penal de acto en el ámbito de la responsabilidad penal juvenil, en donde los sujetos son adolescentes, definidos por su condición de cambio, desarrollo y formación y, que a su vez, en un número importante, han estado expuestos a una serie de condiciones de vulnerabilidad y riesgo social.

Por lo anterior, creo necesario promover una lectura más crítica frente a la población menor de edad que enfrenta una denuncia penal, debido a que según se puso de manifiesto párrafos atrás, existen diversos aspectos que se deben considerar a la hora de juzgar a esta población, no solo por sus características evolutivas, sino además por las condiciones adversas en las que algunas de estas personas nacen, crecen y se desarrollan. En tanto, conductas consideradas como ilegales se podrían convertir en estrategias de sobrevivencia e intercambio social, aspecto que cobra relevancia en el tema de culpabilidad penal.

El haber mencionado algunas teorías sobre la conducta antisocial recuerdan algunas posibles explicaciones de esta, y es interesante el hecho de que algunas de las propuestas teóricas mencionadas que se escribieron hace bastantes años, aún en la actualidad, sus enunciados tienen vigencia en un panorama en el que existen lazos afectivos débiles, desigualdades sociales, un valor sobrevalorado por el tener más que por el ser. Estas variables, en su conjunto, acrecientan de forma generalizada las carencias de las poblaciones más vulnerables.

Para terminar, vale la pena resaltar un enunciado de la clínica de la vulnerabilidad, el cual plantea la idea de que no existen sujetos peligrosos, si antes no han sido vulnerables. Como me preguntaba al inicio de este ensayo, es necesario plantearse cuál lógica voy a seguir como funcionario/a judicial en el ámbito de la aplicación de la justicia penal juvenil. Esta interrogante, a su vez, debería considerar cuáles son las cuestiones de poder que operan en los sistemas penales y a qué ideología responden.

Con lo anterior, no se parte de que no deba existir la aplicación de la ley a la población menor de edad, sino que se brinde una respuesta integral a esta, en un marco en el que se rescate la concepción de recuperabilidad de la población adolescente en conflicto con la ley, en tanto, todas las personas muestran habilidades que merecen ser potencalizadas. Sin embargo, algunas personas no han contado con opciones para el desarrollo de estas.

En este sentido, considero que se deben privilegiar alternativas que brinden opciones de superación y de asunción de responsabilidad a los y las jóvenes en conflicto con la ley. Dentro de estas iniciativas, se encuentra el enfoque de justicia restaurativa, el cual, solo para citar algunos de sus enunciados, establece que las personas no solo requieren alto control, sino además alto apoyo, esto en una dinámica de acompañamiento de esta población.

Bibliografía

Aniyar, L. (2011). *Criminologías, Políticas Criminales y Constitución Política*. Curso de Criminología: Cátedra de Alessandro Baratta. Universidad Nacional de Costa Rica.

Domínguez, J. (1995). Curso de extensión universitaria: *Alternativas al control social punitivo-institucionalizado. Fichas de cátedra: "Vulnerabilidad", "peligrosidad y vulnerabilidad: la corresponsabilidad social" e "Introducción a la Clínica de la Vulnerabilidad Psico-Social"*. Argentina: Universidad Nacional de la Plata

Domínguez, J. (2010). *Charla introductoria del modelo de abordaje de la Clínica de la Vulnerabilidad: estrategias de intervención comunitaria*. Centro de Estudio de Políticas Públicas de Infancia. Argentina: Universidad Nacional de Córdoba.

Gallego, S. (2006). *Comunicación familiar: Un mundo de construcciones simbólicas y relacionales*. Colombia: Editorial Universidad de Caldas, Ciencias Jurídicas y Sociales.

Kessler, G. (2004). *Sociología del delito amateur.* Argentina: Editorial Paidós.

Musitu,G. (2000). Socialización familiar y valores en el adolescente: un análisis intercultural. *Anuario de psicología,* 31 (2): 15-32. España: Universidad de Barcelona, Facultad de Psicología.

Palomba, F. (2004). *El sistema del nuevo proceso penal del menor*. Argentina:
EUDEBA.

Polaino-Lorete, A y Martínez, P. (1998). *Evaluación psicológica y psicopatológica de la familia*. España: Ediciones Rialp.

Robles, C. (2007). *Importancia de las pericias en los procesos judiciales.* Argentina: APAPBA.

LA NO APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO EN LOS PROCESOS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA

Francisco López Arce

SUMARIO:

I.- INTRODUCCIÓN. II.- EL PRINCIPIO DISPOSITIVO. III.- EL PRINCIPIO INQUISITIVO. IV.- FUNDAMENTACIÓN PARA LA NO APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DISPOSIVO.- V.-CONCLUSIONES.

I.- INTRODUCCIÓN

En términos generales, el principio dispositivo implica la libertad de disposición que las partes tienen sobre el nacimiento, desarrollo y terminación del proceso. La actividad del órgano jurisdiccional, en aquellas legislaciones en donde dicho principio rige, no puede iniciarse, sino a través de la presentación de una demanda. Igualmente, según este principio, les corresponde a las partes utilizar los medios de prueba permitidos por la ley que consideren más ventajosos para el éxito de sus pretensiones.

En la tramitación de los procesos de violencia doméstica, es frecuente que al día siguiente, varios días después o al momento de la audiencia oral, las víctimas se apersonen al JUZGADO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA respectivo a manifestar que se levanten las medidas de protección. Utilizan expresiones como estas: "vengo a quitar la denuncia"; "vengo a quitar la demanda"; "vengo a solicitar que se archive el expediente". Algunas víctimas, con asesoría legal, indican que desisten de la denuncia o de la demanda.

Es como si tuvieran la íntima convicción de que basta expresar su voluntad, para que el JUZGADO ordene archivar el expediente; de igual manera como lo hicieron para que les dieran curso a sus denuncias.

Con este pequeño trabajo, queremos destacar la imposibilidad que las víctimas de violencia doméstica tienen, de desistir de la denuncia o de su solicitud, así como de la imposibilidad de desistir del recurso de apelación planteado contra la resolución de fondo.

II. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO

2.1. Origen

2.1.2. En Grecia antigua y Roma, aplicación a los litigios civiles y a los litigios penales

En los litigios de la Grecia antigua, el principio dispositivo predominó, lo mismo que en el DERECHO ROMANO, durante el período de las legislaciones. (Pérez, 2006).

Se aplicó el principio dispositivo al litigio civil y al litigio penal, en las antiguas repúblicas de Grecia y Roma. La primitiva concepción del juicio penal exigía que fuera iniciado por un acusador –por prevalecer el interés particular del ofendido– quien actuaba contra el imputado ante otro sujeto que fungía como juzgador. Por ende, el proceso penal común fue acusatorio (dispositivo) desde el siglo XII. A este sistema se le denomina dispositivo, en lo civil, y acusatorio, en lo penal.

A pesar de que se puede afirmar que en la GRECIA antigua rigió el principio dispositivo, al igual que en ROMA, las últimas instituciones del IMPERIO ROMANO contenían, en germen, el sistema inquisitivo. Aunque fue la IGLESIA CATÓLICA la que sustituyó el sistema dispositivo e implantó el sistema inquisitivo.

2.1.3. Nacimiento de la INQUISICIÓN y TRIBUNALES INQUISITORIALES –SANTO OFICIO–, sustitución del principio dispositivo

Hacia el año 1000 de nuestra era, en la EUROPA cristiana, sucedieron herejías masivas, las cuales, además de impugnar el dogma católico, negaban las instituciones básicas del orden secular (el matrimonio, la autoridad, etc.). La IGLESIA CATÓLICA y el ESTADO reaccionaron, utilizando diversos medios.

A partir del CONCILIO DE VERONA de 1184, nace la institución de la INQUISICIÓN MEDIEVAL, la cual sustituyó el principio dispositivo o lo eliminó, porque permitía iniciar el proceso de oficio o por una denuncia, pero el denunciante no podía disponer de él. Se encargó a los obispos, la inspección anual de los pueblos, donde se presentaban numerosas herejías, a fin de que recabaran informes secretos acerca de ellas, y llegado el caso, juzgaran ellos mismos a los sospechosos.

En el año 1215, en el CONCILIO DE LETRÁN, se decidió insistir, severamente, en la lucha contra las herejías, y se acordó la designación de jueces inquisidores, quienes podían actuar por acusación, por denuncia, o de oficio.

Con ese sistema de procesamiento, se instituyeron tribunales inquisitoriales (SANTO OFICIO) en Francia, Italia y España. Posteriormente, a través de la conquista, el SANTO OFICIO se trasladó a AMÉRICA, lo que fue encargado a sacerdotes franciscanos y dominicos.

A partir de los delitos contra la fe (herejías), la competencia del SANTO OFICIO fue ampliándose para abarcar, no solo los delitos contra la religión (sacrilegio), sino también contra los incumplimientos de los deberes clericales (celibato), y contra las buenas costumbres (adulterio, sodomía). El

procedimiento adoptado por el SANTO OFICIO era primordialmente secreto, llegando al extremo de que el sospechoso ignoraba el motivo del proceso, la identidad de los acusadores y la de los testigos de cargo. Es obvio que este proceso solo podía ser impulsado por el juez –IMPULSO DE OFICIO). En este sistema se instauró el TORMENTO, como la forma idónea de obtener la confesión del detenido. Este sistema de la IGLESIA CATÓLICA fue copiado por el poder civil, a través de la SANTA INQUISICIÓN ESPAÑOLA, la cual llegó a actuar como tribunal meramente eclesiástico, y como tribunal civil que sentenciaba, en virtud de una facultad dada, al efecto, por el propio REY.

2.1.4. La INQUISICIÓN en AMÉRICA

Este tribunal fue instalado en AMÉRICA durante la colonia. Actúo en LIMA desde 1570; en MÉXICO, desde 1571; y en CARTAGENA DE INDIAS, desde 1610. Este sistema ingresó a la LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ESPAÑOLA, y a AMÉRICA LATINA, a través de la conquista. Por lo tanto, en ese tiempo, el derecho procesal de AMÉRICA LATINA era de carácter inquisitivo.

2.1.5. Principio dispositivo, el surgimiento del DERECHO AL JUEZ NATURAL y EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

Para hacer un correlato del sistema dispositivo, nos remontamos al año 1215, a la EUROPA INSULAR. En esa época, GRAN BRETAÑA tenía un rey normando, llamado RICARDO CORAZÓN DE LEÓN, quien estaba empeñado en hacer las SANTAS CRUZADAS.

Al morir RICARDO, en el año 1199, su hermano JUAN se proclamó REY DE INGLATERRA. Era conocido como JUAN SIN TIERRA, ya que por ser el segundo hermano, carecía de bienes hereditarios, debido a la institución del mayorazgo. Este rey ajustó los impuestos, de manera irrestricta a sus súbditos. Sus propios súbditos fueron los que se rebelaron: la acción combinada de los barones, obispos y burgueses lo obligó a aceptar la *CARTA MAGNA de 1215*, primer compromiso escrito, de un monarca inglés, de respetar una serie de derechos y libertades. Entre esos derechos, se consagraron el DERECHO AL JUEZ NATURAL y el DERECHO AL DEBIDO PROCESO, derechos importantísimos que han trascendido hasta nuestros días.

2.1.6. Principio dispositivo en INGLATERRA

Posteriormente, INGLATERRA tuvo como REY a Enrique VIII, el cual no permitió que la SANTA INQUISICIÓN ESPAÑOLA se instalara en su reino. Este hecho generó que se desarrollara el sistema dispositivo a través de un proceso público, oral, con inmediación. No se admitía la prueba de absolución de posiciones, es decir, no se podía obligar a que el otro confesara.

Los Estados Unidos de Norteamérica se adhirieron a este sistema de juzgamiento y lo consagraron a nivel constitucional e, históricamente, se ha determinado que su CARTA MAGNA fue la fuente inmediata de constituciones como la de Francia, y luego, de los países latinoamericanos. (Cárdenas, 2012).

2.1.7. Principio dispositivo en los Estados modernos

Después, en los Estados modernos, se recogieron los valores enarbolados en la REVOLUCIÓN FRANCESA y se plasmaron en el proceso civil. Se construyó un modelo procesal basado en la igualdad formal de las personas y en la concepción de los derechos como facultades absolutas.

En esta época, siglo XIX, el individualismo imperaba, como criterio filosófico y, por ende, se concebía el proceso civil judicial, como una cuestión privada que únicamente interesaba a los litigantes que acudían a la solución de una determinada disputa.

Entonces, estas concepciones de los derechos, como facultades absolutas y del proceso civil judicial, como una cuestión privada, dieron origen al actual principio dispositivo. (Hunter, 2010).

2.2. ¿En qué consiste?

Las partes tienen el derecho exclusivo de proponer el proceso y de pedir la tutela jurisdiccional. Igualmente, a ellas les corresponde la iniciativa en la instrucción o impulso del proceso.

El proceso solo puede ser iniciado por el particular interesado (nunca por el propio juez); su desarrollo es público; existe paridad absoluta de derechos e igualdad de instancias entre actor y demandado. El juez es un tercero imparcial y neutral -no parte, ni interesado personalmente en el resultado del litigio- e independiente de cada uno de los contendientes.

Las partes son dueñas absolutas del impulso procesal; son quienes deciden cuándo activar o paralizar la marcha del proceso, y son las que fijan los términos exactos del litigio a resolver; las que aportan los hechos, el material probatorio, necesario para confirmar sus aseveraciones; y las que pueden ponerle fin, en cualquier momento, por los medios que deseen.

Acudir o no a formular un reclamo judicial, mediante una demanda, determinar su importe, precisar la persona contra quien se dirige, abandonarla en cualquier momento, recurrir las resoluciones dictadas o no, etcétera, son decisiones exclusivamente de la parte actora.

Siguiendo con el mismo supuesto, a la parte demandada le corresponde, igualmente, la toma de todas sus decisiones procesales; puede oponerse o no, en todo o en parte, a lo pretendido por el actor; reconvenir al actor –cuando el tipo de proceso lo permite– ; plantear excepciones, incidentes, los recursos procedentes, etcétera. En resumen, las partes disponen, en general, de todos los actos del proceso; de ahí surge la denominación de este principio.

2.3. Relación con el principio de congruencia

Como OSVALDO GOZAÍNI lo expone: "Al tener que fallar conforme lo pedido y probado, se agregó el principio de congruencia entre la pretensión y la sentencia definitiva. De este modo, el pronunciamiento definitivo se debía referir a lo reclamado por las partes; nunca menos, diferente o en demasía". (Gozaíni).

Con apego al principio dispositivo, la sentencia definitiva debe ser congruente con lo discutido por las partes. En síntesis, los litigantes son los dueños del proceso, limitándose el órgano judicial a la tramitación de este, a velar por la legalidad y aplicar el derecho. El juez no puede condenar, sino de acuerdo con lo pedido en la demanda, es decir , no puede otorgar más de lo pedido. Esto corresponde al principio de congruencia que obliga al juez a decidir de acuerdo con lo alegado, conforme a lo pedido en la demanda y a lo expuesto en la contestación por el demandado. (Alsina, 1956, pp. 101-102).

2.4. PRINCIPIO DISPOSITIVO MATERIAL

Implica que las partes tienen el derecho exclusivo de proponer el proceso y de pedir la tutela jurisdiccional de sus propios derechos e intereses. Pone el centro de atención en la titularidad de los particulares sobre los derechos –objeto del proceso– y la consecuente posibilidad de disponer, libremente, de ellos, con actos vinculantes para el juez. (Hunter, 2010).

Las partes pueden disponer, libremente, de sus derechos materiales, como cuando renuncian a cobrar las rentas de un determinado período, o a cobrar intereses moratorios. Claro está, existen derechos que escapan a la libre disponibilidad de los ciudadanos, como el estado civil, la filiación y la pensión alimentaria de los menores de edad.

2.5. PRINCIPIO DISPOSITIVO PROCESAL

Alude a la iniciativa de las partes en la aportación de los hechos, en la instrucción o en el impulso del proceso. Se centra en el desarrollo formal del proceso, esencialmente, en la introducción de los hechos y la prueba. (Hunter, 2010).

El órgano jurisdiccional no puede alegar o aportar hechos al proceso, dado que esta actividad les corresponde a las partes. Como consecuencia de lo anterior, quien alega un hecho tiene la carga de probarlo. Dado que es una carga y no una obligación, la consecuencia de alegar y, posteriormente, no probar, recae sobre quien no lo realizó, lo que tiene íntima relación con la congruencia civil, ya que esta se extiende a los hechos alegados y debidamente probados. (Gozaíni).

Por ejemplo: las partes pueden ofrecer, como prueba, determinado número de testigos; y luego, prescindir de todos, o solo de algunos de ellos. (Devis Echandía, 1984, pp. 68-69).

Otra manifestación del principio dispositivo procesal estriba en que el recurso de apelación puede ser ejercido, únicamente, por la parte que haya sido perjudicada con la respectiva resolución. Y la competencia del superior –competencia funcional– queda limitada al conocimiento de los puntos objeto de ese recurso. (Machado, 2009).

De igual manera, esa misma parte puede desistir de su recurso de apelación.

2.6. Importancia de la división

Esta división permite distinguir entre un conjunto de normas que están destinadas a permitir la actuación de derechos materiales en el proceso, y otro conjunto de disposiciones que se orientan al desarrollo netamente procesal.

2.7. El principio dispositivo en los procesos de familia

En los procesos civiles, las partes son las que, exclusivamente, fijan la plataforma fáctica de las cuestiones litigiosas y proponen los medios de prueba, en tanto el juez o la jueza debe limitarse a resolver con base en los hechos propuestos y efectivamente probados.

Además, es propio de estos procesos, el poder dispositivo que el actor y el demandado tienen para acordar, transar o confesar los hechos, con amplitud y efecto vinculante para el órgano jurisdiccional. En cambio, en los procesos de familia, los intereses en juego se vinculan, fuertemente, con el orden público interno del Estado y, en consecuencia, exceden el sistema dispositivo clásico de las partes en conflicto. De ahí que, en ellos, prevalece un aspecto inquisitivo, por el que los jueces y las juezas cuentan con varios poderes en lo que atañe a la dirección del proceso y a la iniciativa probatoria.

Por ende, tanto el derecho de fondo, como las reglas procesales, en los procesos de familia en general –excluidos los de violencia doméstica– muestran una idiosincrasia propia que los aparta de un esquema estrictamente contencioso, dominado por instancias adversariales, pues el trámite se encamina a desactivar la contienda e inducir a las partes a que obtengan soluciones consensuadas, con el propósito de recomponer el orden familiar. Su fin no es el logro de un triunfo personal, de uno de los contendientes, sino proteger las relaciones de familia y evitar situaciones de conflicto. De esa forma, se propone un modo distinto de litigar que tienda a obtener una solución de mutuo acuerdo que sea la que más convenga a los intereses del grupo. (Ferreyra).

2.8. El principio dispositivo y su relación con la publicización del proceso

Uno de los fenómenos más relevantes del derecho procesal, que se ha desarrollado durante el siglo XX, ha sido el de la "publicización" o "socialización" del proceso". No elimina el principio dispositivo, sin embargo, lo limita, porque pone en tela de juicio el principio de aportación de parte, en cuanto al reparto de funciones entre la persona juzgadora y los y las litigantes y al incremento de facultades del órgano jurisdiccional. Del modelo clásico del juez pasivo o inerte, se pasa a un juez de una posición activa en el proceso. En la medida en que tiene asignada la función pública de resolver los conflictos, se le atribuyen las iniciativas necesarias para lograr la máxima eficacia en su función.

El citado fenómeno dio lugar a esta distinción: por un lado, el objeto del proceso y, por otro lado, el proceso como instrumento idóneo para alcanzar la tutela efectiva de los intereses litigiosos, por parte del Estado. Los y las litigantes son libres de disponer de los intereses deducidos en juicio, es decir, del objeto del proceso, pero no lo son respecto del proceso mismo: de su desarrollo, porque se le concibe no solo como instrumento dirigido a la tutela jurisdiccional de derechos privados, sino también como una función pública del Estado. Por ello, actualmente, la mayoría de las legislaciones procesales civiles recogen esta idea socializadora del proceso, y atribuyen al juez ciertas iniciativas procesales en materia probatoria. (Picó I Junoy, 2006).

III. PRINCIPIO INQUISITIVO

3.1. Origen

Nace con la "INQUISICIÓN", es decir, la antigua forma de juzgar en el derecho canónico, (el derecho canónico es del derecho de la Iglesia Católica). La inquisición fue creada en la EDAD MEDIA y se extendió por toda Europa. El Estado y la Iglesia Católica eran uno solo y, juntos, regulaban la conducta de las personas de la época. Recordemos que la EDAD MEDIA se ubica entre el siglo V y el siglo XV.

Durante la inquisición, se consideraba a las personas herejes enemigas del Estado y de la Iglesia, como si fueran criminales públicos o terroristas que se oponían al orden establecido. El Estado mismo los acusaba y juzgaba. De ahí se origina el nombre del actual sistema inquisitivo.

El sistema penal inquisitivo obtuvo su nombre del término procesal "inquirir". Era una manera de iniciar el proceso penal, la cual consistía en que la investigación que se le iniciaba a la persona procesada tenía lugar sin necesidad de que hubiera acusación o denuncia alguna: bastaba con rumores que se hubieran hecho sobre la persona, o que otra u otras personas le imputaran algún delito.

3.2. ¿En qué consiste?

El juez debe investigar, sin otra limitación que la impuesta por la ley, la verdad material, con prescindencia de la actividad de las partes. El juez no solo puede iniciar, de oficio, el proceso, sino que está facultado para buscar los hechos, descubriéndolos –a través de los que ya conoce– y puede utilizar cualquier medio tendente a la averiguación de la verdad.

El principio inquisitivo le da al juez o a la jueza la función de investigar la verdad por todos los medios legales a su alcance, sin que la inactividad de las partes lo obligue, ni lo limite a decidir únicamente sobre los medios que estas le lleven a los autos, y lo faculta para iniciar de oficio el proceso y para dirigirlo con iniciativas personales.

El proceso no solo es entendido como un mecanismo de solución de conflictos intersubjetivos, sino se convierte en el medio para alcanzar la paz social. El papel del JUEZ o de la JUEZA se hace activo, sin que se debilite la importancia de la actividad de las partes. En armonía con este sistema, se desarrollan los principios de dirección judicial del proceso, impulso de oficio, inmediación, concentración, socialización, entre otros. La persona juzgadora, como directora del proceso, se encarga –de oficio– de averiguar los hechos, en un afán de llegar a la verdad real, frente a la verdad procesal.

3.3. Algunas normas del sistema inquisitivo en el nuestro Código Procesal Civil

Nuestro Código Procesal Civil contiene algunas normas del sistema inquisitivo, como las que contemplan:

- La dirección del proceso a cargo del JUEZ o de la JUEZA.
- El impulso procesal de oficio.
- La integración de las normas procesales.
- La admisión de pruebas de oficio.

3.4. Confrontación de los dos sistemas

Confrontando los dos sistemas, se advierte que en el dispositivo, no solo corresponde a las partes el ejercicio de la acción, sino que ellas son las que fijan la cuestión litigiosa (thema decidendum); establecen los hechos que determinan su posición respectiva, frente a esta; y utilizan los medios de prueba que estiman más ventajosos, dentro de los permitidos por la ley, para el éxito de sus pretensiones. Por consiguiente, el juez o la jueza desempeña un papel pasivo, manteniéndose a la expectativa, para atribuir, en su fallo, la victoria a quien mejor hubiera defendido su derecho.

En cambio, en el inquisitivo, el juez o la jueza se desempeña activamente; averigua los hechos, trata de descubrir –frente a la verdad formal que las partes le presentan–, la verdad real que le permita dictar una sentencia justa.

3.5. Inexistencia de procesos dispositivos puros o de procesos inquisitivos puros

Actualmente, no son sistemas absolutos, porque ya no existen procesos dispositivos puros o procesos inquisitivos puros. En el sistema dispositivo, aun tratándose de cuestiones de derecho exclusivamente privado, se admiten ciertas facultades por las que el juez o la jueza puede completar su conocimiento de los hechos (diligencias para mejor proveer); y en las cuestiones en que se halle interesado el orden público

(divorcio, nulidad de matrimonio, etc.), no siempre la persona juzgadora está obligada a tener por ciertos los hechos que las partes admiten. Por consiguiente, solo puede hablarse de prevalencia de uno u otro sistema procesal. Se puede decir que el proceso civil es prevalentemente dispositivo, mientras que el proceso penal es prevalentemente inquisitivo.

IV. FUNDAMENTO PARA LA NO APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO A LOS PROCESOS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA

4.1. La violencia doméstica, un problema de derechos humanos

En sus diversas manifestaciones, la violencia doméstica constituye un problema social. Su prevención y tratamiento interesan a toda la comunidad. Si una madre o un padre golpea a su hijo, o un hombre a su esposa o conviviente, o bien ejercen algún otro tipo de violencia, no estamos en presencia de un conflicto privado que afecte, únicamente, a la familia. Es una cuestión de orden público, porque están en juego el derecho a la vida, el derecho a la integridad emocional, el derecho a la salud, el derecho a la libertad y el derecho a la dignidad, de las personas víctimas, generalmente mujeres. Obviamente, el fenómeno de la violencia intrafamiliar atenta contra esos derechos humanos básicos, dentro de una organización social que pretende limitar el ejercicio de poderes arbitrarios, tanto en el ámbito público, como en el privado.

Cuando se vulneran el derecho a la integridad física, el derecho a la libertad, el derecho a la seguridad, el derecho a la salud, el derecho al libre desarrollo de la personalidad o el derecho a la vida, por un acto de violencia, el asunto deja de ser privado para transformarse en una cuestión de interés público, no circunscrita a la víctima y al agresor.

Las autoridades que antes no intervenían en los asuntos intrafamiliares que se estimaban como privados, principalmente en los casos de violencia en las relaciones de pareja, actualmente sí deben hacerlo en forma inmediata u oportuna.

Las víctimas, por su parte, deben desplazar las creencias y los mitos arraigados de antaño y dejar de considerar que el asunto de la violencia familiar ha de permanecer entre las cuatro paredes del hogar, para efectuar las denuncias correspondientes, exigiendo la intervención estatal. (Villaverde).

Como bien María Victoria Famá lo indica: "La violencia doméstica en sus diversas manifestaciones es, indudablemente, una violación a los derechos humanos básicos. Por ello es obligación del Estado intervenir de manera tal para prevenir, tratar y erradicar la violencia familiar en todas sus formas". (Famá, 2012).

4.2. ¿Qué son los derechos humanos?

Los derechos humanos son inherentes a todos los seres humanos. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin distinción o discriminación alguna. Se consideran universales e inalienables.

Sobre la universalidad, en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena, en 1993, se dispuso que todos los Estados tenían el deber de promover y proteger todos los derechos humanos, independientemente de sus sistemas políticos, económicos y culturales.

El contenido de los derechos humanos abarca, en principio, todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (Piza y Trejos, 1989, p. 177).

Los derechos humanos son inalienables, porque se consideran fundamentales; no pueden ser negados a ninguna persona. Forman parte esencial de toda persona.

Asimismo, son irrenunciables. Ningún sujeto puede desprenderse de ellos, ni siquiera por propia voluntad. Una persona no puede renunciar a su libertad y someterse, de forma voluntaria, a los mandatos de otro ser humano.

Los derechos humanos, inalienables –como los de libertad e igualdad– son inherentes a la persona por el solo hecho de pertenecer a la especie humana. Esto significa que la forma en la que se adquieren es involuntaria. Desde el momento en que una persona nace, los posee y no puede desprenderse de ellos hasta el día de su muerte.

4.3. Los derechos humanos: un escollo para aplicar el principio dispositivo a los procesos de violencia doméstica

Por estar en juego los derechos humanos de la víctima –inalienables e irrenunciables–, y siguiendo el criterio de don DIEGO BENAVIDES, en los casos de violencia doméstica, la voluntad de la víctima se encuentra menoscabada. Obviamente, ella no puede disponer del objeto del proceso, porque dicho objeto involucra derechos irrenunciables, como la salud, la vida, la estabilidad emocional. Tampoco puede disponer del proceso en sí, porque este es un instrumento idóneo para alcanzar la tutela efectiva, de esos derechos fundamentales, por parte del Estado.

De tal manera, el juez de violencia doméstica debe rechazar las gestiones de las víctimas tendentes a dar por concluido el proceso, a que se levanten las medidas de protección o a desistir del recurso de apelación planteado contra la resolución de fondo, aunque en esas gestiones indiquen: "desisto de la denuncia", "desisto

de la demanda"; "pido que se archive este asunto"; "quiero dar por terminado este proceso"; "vengo a manifestar que ya no quiero seguir con este asunto"; "pido que se levanten las medidas de protección"; "yo no quiero seguir más con este asunto".

Esto –del menoscabo de la voluntad– DON DIEGO lo explicó muy bien: voto número 457-04, de las 8:10 hrs. del 11 de marzo de 2004, del TRIBUNAL DE FAMILIA:

> II. El asunto que se somete a conocimiento de este Tribunal es de suma importancia, y respecto del cual, para abordarlo, hemos de sustraernos de la lógica procesal dispositiva tradicional, puesto que de no hacerlo, se llegaría a la paradoja de que la ley, -que se originó por la preocupación sobre todo en cuanto a las personas que se encuentran inmersas dentro de un ciclo de violencia, y en virtud del cual han generado invalidez y un sentimiento de que son culpables de lo que les sucede-, no sirve para ayudarle. Es decir, este sistema no puede recaer en la voluntad y deseos de la persona víctima, puesto que en un caso típico de violencia doméstica, estos (voluntad y deseos) se encuentran menoscabados, y pondríamos las expectativas en que se defienda alguien que no puede defenderse. Ha de crearse un cambio de esquema en la cultura jurídica de base, a efecto de aplicar esta legislación especial […].

4.4. La SALA CONSTITUCIONAL confirmó la indisponibilidad en los procesos de violencia doméstica

La SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA confirmó la indisponibilidad de la materia de violencia doméstica, por parte de las personas presuntamente agredidas, en el voto número 4457-2012 de las 8:30 horas del 30 de marzo de 2012, al considerar:

> […] El hecho de que la denunciante haya solicitado el levantamiento de las medidas no obliga al Juzgado a aceptar la solicitud, pues se trata de materia indisponible para las partes, en razón de la protección que implica de la integridad física y moral de la persona presuntamente agredida, así como de su eventual posición de vulnerabilidad.

4.5. La naturaleza especial de los procesos de violencia doméstica, un escollo adicional

Los procesos de violencia doméstica son sumarísimos; su única finalidad es el otorgamiento de medidas de protección; son cautelares, pero no en el sentido de garantizar las resultas de procesos futuros, sino en el sentido de garantizar estos derechos humanos: el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y emocional, y el derecho a la dignidad de las víctimas.

En estos procesos, por su especial naturaleza, el órgano jurisdiccional no puede decidir sobre la constitución de derechos, ni sobre la declaratoria de derechos, ni imponer penas. No son procesos de conocimiento. No están sujetos a trámites de traslado de la demanda –porque no hay demand–, ni de contestación de demanda; ni de contestación de denuncia, ni de contestación de la solicitud de medidas de protección, ni de oposición de excepciones.

Una vez presentadas las respectivas solicitudes de medidas de protección –si no son casos que ameriten su rechazo de plano–, el órgano jurisdiccional, de oficio, impulsará el proceso hasta el dictado de las resoluciones de fondo. No se rigen por el principio de congruencia, ya que, como se indicó, no existen demandas y, además, en las resoluciones de fondo, el juez puede conceder medidas de protección no pedidas por los solicitantes.

V.- CONCLUSIONES

1.- En los procesos de violencia doméstica, no se aplica el principio dispositivo.

2.- El órgano jurisdiccional debe rechazar las gestiones de las víctimas tendentes a dar por concluido el proceso, a que se levanten las medidas de protección, o a desistir del recurso de apelación planteado contra la resolución de fondo; gestiones que pueden indicar: "desisto de la denuncia", "desisto de la demanda";"pido que se archive este asunto";"quiero dar por terminado este proceso";"vengo a manifestar que ya no quiero seguir con este asunto"; "pido que se levanten las medidas de protección"; "yo no quiero seguir más con este asunto"; "ya nos reconciliamos y no tengo interés en continuar con esto".

3.- Concretamente, no se aplica–en estos procesos– el numeral 208 del Código Procesal Civil, en cuanto al desistimiento del recurso de apelación.

4.- La violencia doméstica es un problema de derechos humanos.

5.- En los procesos de violencia doméstica, el órgano jurisdiccional no puede decidir sobre la constitución de derechos, ni sobre la declaratoria de derechos, ni puede imponer penas.

6-. Estos procesos no están sujetos a trámites de traslado de la demanda, ni de contestación de demanda; ni de contestación de denuncia, ni contestación de solicitud de medidas de protección, ni de oposición de excepciones. Y NO se rigen por el principio de congruencia.

BIBLIOGRAFÍA:

1.- Alsina, Hugo. (1956). *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Segunda edición, tomo I, parte general. Buenos Aires, Argentina: Ediar Soc. Anón. Editores.

2.- Cárdenas Ticona, José Antonio. (2008). *Sistemas de juzgamiento*. Arequipa, Perú.

Obtenido el 16 de julio de 2014, de

http://josecardenas.blogspot.com/2008/01/sistemas-de-juzgamiento.html

3.- Devis Echandía, Hernando. (1984). Compendio de la prueba judicial, anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso, tomo II. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal – Culzoni.

4.- Famá, María Victoria. (2012)**.** *Derechos humanos y violencia familiar: el rol de los terceros ¿ajenos? al proceso.* Octubre de 2012.

Obtenido el 16 de julio de 2014, de http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/derechos-humanos-y-violencia-familiar-el-rol-de-los-terceros-%C2%BFajenos-al-proceso

5.- Ferreyra de La Rúa, Angelina. *El proceso de familia, principios que lo rigen.*

Obtenido el 16 de julio de 2014,

de http://www.aadproc.org.ar/pdfs/ponencias/Proceso_de_Familia_delaRua.pdf .

6**.-** Gozaíni, Gustavo Adolfo. *El principio de congruencia, frente al principio dispositivo.*

Obtenido el 16 de julio de 2014, de http://www.gozaini.com/publicaciones/monografias/congruencia.pdf

7.- Hunter Ampuero, Iván. (2010). El principio dispositivo y los poderes del juez. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.*Vol. 35, n.º 2 (2010), 149-188. Versión on-line.

Obtenido el 16 de julio de 2014, de http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n35/a05.pdf

8. Machado Ramírez, Allan. (2009). *Los principios procesales*. Obtenido de http://inforlegal.blogspot.com/2009/06/los-principios-procesales.html .

9.- Pérez Penzo, Carmen María. (2006). *Alcance de las facultades probatorias del juez en el juicio alimentario del niño y del adolescente*. Universidad Católica Andrés Bello. Maracaibo, Venezuela. Trabajo especial de grado para optar por el título de especialista en derecho procesal.

Obtenido el 16 de julio de 2014 de

http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAQ8122.pdf

10. Picó I Junoy, Joan. (2006). *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado.* En Montero Aroca, Juan (coordinador). PROCESO CIVIL E IDEOLOGÍA, UN PREFACIO, UNA SENTENCIA, DOS CARTAS Y QUINCE ENSAYOS (pp. 110-127). Valencia, España: TIRANT LO BLANCH.

11.- Piza R., Rodolfo y Trejos, Gerardo. (1989). *Derecho internacional de los derechos humanos: la Convención Americana*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.

12.- Villaverde, María Silvia. *La violencia doméstica es una violación de los derechos humanos.*
Obtenido el 16 de julio de 2014, de
http://www.villaverde.com.ar/es/investigacion/la-violencia-dom-stica-es-una-violaci-n-de-los-derechos-humanos/

13. Voto número 457-04, de las 8:10 hrs. del 11 de marzo de 2004, del TRIBUNAL DE FAMILIA.

14. Voto número en el voto número 4457-2012, de las 8:30 horas del 30 de marzo del 2012, de la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

Control difuso de convencionalidad: Una invitación garantista para soslayar el tratamiento inconvencional de la detención provisional en penal juvenil

Adán L. Carmona Pérez

I.- INTRODUCCIÓN

Observamos tiempos difíciles en la actualidad en el derecho penal, tanto procesal, como sustantivo. El fantasma de la preilustración, con incesante fuerza, en diferentes frentes y bajo disímiles esquemas y matices, arremete contra el sistema de garantías penales logrado en los siglos pasados, con arduas luchas intelectuales y a base de sacrificios de vidas humanas, en aquella época donde la dignidad del ser humano no siempre fue reconocida –al menos a todos por igual y en la intensidad actual- donde la crueldad de la tortura se convertía, en muchos casos, en el medio de prueba idónea para juzgar al imputado.

Tiempos donde la zozobra, el oscurantismo y el desinterés en las garantías inculcadas en el derecho penal de corte liberal están a la orden del día, donde sus detractores, por el contrario, cada día logran más adeptos y aún van más allá. Su consigna es ver cómo flexibilizan las garantías penales, donde su filosofía e ideología radican por un lado, en la minimización de las garantías, y por otro lado, en la maximización de un derecho penal garante de intereses -pero no de la persona acusada- sino de intereses económicos, políticos y de cualquier otra índole que no implique proteger derechos del más desposeído[1].

Es así, entonces, cómo los contrapartidarios del derecho penal garantista, del derecho penal mínimo, bajo el abanderado ideológico "nuevos modelos del derecho penal" conocidos entre otros como: derecho penal máximo, derecho penal del enemigo, derecho penal eficientista, derecho penal simbólico y derecho penal del riesgo, los cuales tienen, en su mayoría, como norte, la reducción odiosa del ser humano a una cosa, a un enemigo, con la única consiga de reducirle al máximo sus derechos y garantías en el proceso penal, pues, según se dice, el que delinque no las necesita porque es un *"enemigo de la sociedad*"[2].

1 ZAFFARONI (Eugenio Raúl). En torno de la cuestión penal. Buenos Aires-Argentina, Editorial D d F. 2005, 154 p. En este sentido, el autor hace referencia a que: "La consigna antiliberal postula que es menester ceder garantías para aumentar la seguridad, o sea que da por sentada una relación inversa entre garantía y seguridad".

2 FELLER SCHLEYER (Claudio). 2005. El derecho penal en la sociedad actual: un riesgo para las garantías penales. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso de Chile. Valparaíso-Chile, I semestre (XXXVI), pp. 41-42, refiere: "La expansión del Derecho Penal es una realidad en todas las sociedades de nuestra órbita cultural. Ese fenómeno manifiesta la respuesta del Estado a las crecientes demandas de seguridad ciudadana frente a la percepción de un incremento de la criminalidad clásica, así como frente a la aparición de nuevos riesgos inherentes a la modernidad. Esta expansión conlleva una tensión con las garantías propias del Derecho Penal post-ilustración. La Ciencia del Derecho Penal ha adoptado diversas posturas, según cuál sea el aspecto de la expansión de que se trate. A grandes rasgos se puede mencionar al menos cuatro tendencias frente al fenómeno de la expansión: i) el minimalismo representado por la Escuela de Frankfurt; ii) El "Derecho Penal eficiente"; iii) Posturas eclécticas; y, iv) la posición "resignación limitada" de Jesús María Silva Sánchez [...]".

Parece ser que puede visualizarse este angustioso panorama como meramente teórico, engendrado y desarrollado solo en la cabeza de un jurista, verbigracia en las obras clásicas sobre *"el derecho penal del enemigo"* de Gunther Jakobs.

Empero, la realidad ha rebasado el mundo de las ideas, pues son múltiples los ejemplos donde, lamentablemente, estas "nuevas tendencias del derecho penal" se han materializado, y hoy más que nunca, han tomado vigencia en los procesos penales de corte garantista, tanto procesal como material, de tal forma que se lo han ido carcomiendo. Algunas garantías han ido desapareciendo y otras se han relajado, quedando muchas de ellas como derecho de papel, no vigente y lo peor es que el discurso populista punitivo es tan fuerte que ha hecho que, en nuestro imaginario individual y colectivo, ni siquiera nos percatemos de ello y, si nos percatamos, lo aceptamos con resignación y sin cuestionarnos.

Sin embargo, en este escrito, quisiera despertar y apartarme de ese imaginario abrasador y ensordecedor del que las modernas tendencias del proceso penal nos invaden. Hacer un alto en el camino y anunciar que, a pesar de que el panorama sombrío persiste en muchos ámbitos de la realidad del derecho penal descrito, hay una luz en el camino que nos irradia algún tipo de esperanza, la cual se traduce en una invitación, de corte si se quiere garantista, al uso de un instrumento con el cual se pueden combatir los embates contra el derecho penal liberal y sus garantías iluministas. Esta herramienta es el "control difuso de convencionalidad".

El control de convencionalidad es una herramienta que, paradójicamente, se asemeja a los derechos y las garantías adquiridos en la Ilustración en su precedente histórico inmediato, es decir, en la lucha por humanizar los juzgamientos penales, pues, es producto de la consolidación de un proceso de internacionalización y protección de los derechos humanos, nacido a raíz de las más recientes infames atrocidades en la historia de la humanidad, como lo fueron la I y II Guerra Mundial, donde, a raíz de estos lamentables acontecimientos, se empieza a consolidar el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos (en adelante DDHH)[3]. Este a su vez, sirvió de base para el surgimiento del derecho penal internacional (en adelante D.P.I.), quien a su vez dio origen a un órgano que serviría para garantizar el cumplimiento de las disposiciones de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (en adelante Convención o C.A.D.H.), sea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante C.I.D.H. o Corte). Este tribunal internacional, por medio de su jurisprudencia, no solo acuñó por primera vez el concepto de "control de convencionalidad", sino que a lo largo del tiempo le ha venido dando contenido.

En razón de lo anterior, en este corto ensayo, quisiera tratar de entrelazar ambos panoramas, tanto el sombrío como el esperanzador, describiendo un ejemplo del primero y otorgando posibilidades de cómo contrarrestarlo.

---

3 El que posteriormente dio como frutos en el continente americano el nacimiento del sistema regional interamericano de protección de los derechos humanos, el cual tuvo entre sus estandartes, el nacimiento y la consagración de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Así, en mi opinión, un ejemplo paradigmático donde se ha materializado, en Costa Rica y gran parte de los países del continente americano, el panorama desalentador descrito, es en el tratamiento de una institución que, a nivel universal, desde su nacimiento, no ha dejado de recibir acérrimas y colosales críticas por ser considerada, por gran parte de la doctrina, como violatoria a la garantía de inocencia. Esta institución es la "medida cautelar de detención provisional".

Considero que el caso expuesto otorga el campo propicio y el terreno fértil para llevar a cabo y poner en la práctica el "control difuso de convencionalidad".

Para lograr el cometido propuesto, es de mi interés desarrollar y estructurar en el presente manuscrito los siguientes tópicos: *i.- Indicar el estado actual del marco normativo de los derechos humanos de la niñez, con especial enfoque en la detención provisional en materia penal juvenil; ii. Diferenciar entre control concentrado de constitucionalidad versus control difuso de convencionalidad; iii.- Aplicar el control de convencionalidad en el tratamiento que los tribunales patrios dan a los principios de excepcionalidad y proporcionalidad en la medida cautelar de la detención provisional en penal juvenil*.

Tal y como dejé entrever líneas supra, se parte, aquí, de que en Costa Rica las autoridades jurisdiccionales no le dan un tratamiento a la detención provisional (enfocándose el presente ensayo al derecho penal juvenil) acorde a lo que es llamado hoy en día *"bloque de convencionalidad en materia de derechos humanos"*.

Se aclaran las limitaciones de este trabajo y se advierte que, debido a su naturaleza ensayística, los tópicos que aquí se pretenden desarrollar serán abordados de una manera concreta y sencilla, pero crítica, debido a las restricciones de tiempo y longitud.

Se parte además de que la persona lectora conoce algunos conceptos generales de derecho penal procesal y sustantivo, así como de la normativa internacional que aquí se menciona, ya que, en virtud de las limitaciones apuntadas, conjugadas con los objetivos propuestos, no es posible ampliar sobre algunos de ellos, pues se desbordaría la dirección propuesta.

II. CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD VERSUS CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD

Cuando nos referimos al control concentrado de constitucionalidad, en términos generales se hace referencia a que, en un ordenamiento jurídico determinado, la interpretación de la Constitución y la constitucionalidad de las normas internas, de cualquier naturaleza, adoptadas en ese sistema normativo y de los actos de sujetos al derecho público y cualquier otro de naturaleza constitucional, se encuentra centralizada en un órgano jurisdiccional específico.

Al contrario, debe entenderse que el control difuso de constitucionalidad no está aceptado; es decir, la posibilidad de que los tribunales ordinarios lleven a cabo, de forma directa, las funciones que se atribuyen al órgano jurisdiccional que tiene el monopolio de la Constitución.

Analizando el caso costarricense, se ha determinado, por jurisprudencia de la Sala Constitucional, aunque con algunos votos disidentes de envidiable fundamentación[4], que contamos en nuestro sistema jurídico con un control concentrado de constitucionalidad, cuyo tribunal designado para desempeñar tan relevante función, en nuestro Estado democrático, ha sido la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, quien tiene el monopolio de la jurisdicción constitucional.

Básicamente, esta conclusión se ha derivado de los numerales 10 de la Constitución Política y de los artículos 2, inciso b), 4 y 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, norma 8, inciso 1) de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Aunque se torne apasionante la discusión de si, en Costa Rica, nos encontramos ante un modelo de control de constitucionalidad concentrado (posición oficial) o difuso, por rebasar los objetivos propuestos en esta sencilla obra, debo escapar de la tentación en su desarrollo y encaminarme en el rumbo inicialmente propuesto, y debiendo tomar partido para el desarrollo de este tema, se tendrá la posición oficial para efectos de este trabajo.

Por su parte, cuando se habla del control de convencionalidad, se hace referencia, tal y como se adelantó, a un concepto acuñado por primera vez en la jurisprudencia de la C.I.D.H., en el año 2003, por el juez de esa jurisdicción, Sergio García en voto razonado en la sentencia del caso *Myrna Mack vs. Guatemala*, al asignarle así al control que el tribunal internacional, los jueces y los tribunales internos de los países partes de la Convención venían ejerciendo con respecto a la C.A.D.H., en relación con sus normativas internas. Por ello, Brewer-Carias afirma que este control es tan viejo como la convención misma *(Myrna Mack Chang vs. Guatemala, 2003, párr. 27)*.

Básicamente, debe entenderse el control de convencionalidad, según el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte, en dos dimensiones: control de convencionalidad a nivel internacional, el que la Corte hace (también llamado: control propio, original, externo, concentrado de convencionalidad), y el otro, a nivel de los tribunales internos, el que hacen en cada país parte (también llamado control difuso, interno) *(Breber- Carias, 2013, pp. 44-45)*.

El juez de la C.I.D.H., García Ramírez, en el año 2004, en razón del caso *Tibi vrs. Ecuador,* realizó un cotejo entre el control de convencionalidad y el de constitucionalidad, y concluyó que las funciones que, en razón del control de convencionalidad la Corte realizaba, podían asemejarse a las que los tribunales constitucionales realizaban cuando juzgaban la inconstitucionalidad de alguna ley o acto acorde a su constitución; pero que la diferencia radicaba en que la Corte analizaba los actos de los Estados partes conforme a la Convención, es decir, aún más allá de la constitución de cada país *(Tibi vrs. Ecuador, 2004, párr. 3)*.

---

4 Entre las resoluciones de la Sala Constitucional que contienen votos salvados al respecto, se pueden citar las siguientes: voto n.° 3035-96 y el n.° 1185-95, en los cuales los magistrados Piza Escalante y Luis Paulino Mora Mora salvaron su voto en el sentido de que en Costa Rica hay un control difuso de constitucionalidad y que, por tal razón, los jueces ordinarios podían de forma casuística desaplicar una norma, quedando la desaplicación para todos los casos en manos del tribunal constitucional.

Así, mientras el control de constitucionalidad

procura conformar la actividad del poder –y, eventualmente, de otros agentes sociales- al orden que entráñale Estado de Derecho en una sociedad democrática" el *"tribunal interamericano, por su parte pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la Convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en el ejercicio de su soberanía (Brewer- Carias, 2013, p. 45).*

Se puede decir que ya para el año 2006, respecto al tema del control de convencionalidad, la jurisprudencia de la Corte tuvo un nuevo avance en el tratamiento de este tema, cuando, nuevamente, en el caso *Almonacid Arellano vrs. Chile*, se comenta la obligación de los jueces y los tribunales internos de desaplicar las leyes internas en el caso concreto cuando son inconvencionales y/o contrarias a las sentencias vinculantes de la Corte. Esta obligación no desaparece, según este tribunal, aun en el caso de que el Poder Legislativo falte a la obligación de crear leyes conforme a la Convención, pues cada órgano del Estado parte está obligado a respetar el contenido de la Convención.

En caso de incumplimiento de esta obligación, el Estado incurre en responsabilidad, y la Corte agrega, claramente, que el Poder Judicial debe ejercer el control de convencionalidad. Sobre este mismo tópico, en posteriores pronunciamientos, la Corte continuó dándole contenido a este concepto. Así, por ejemplo, en el caso *Trabajadores cesados del Congreso versus Perú*, en el año 2006, se dijo que los órganos judiciales del Estado no solo debían ejercer un control de constitucionalidad, sino también, de manera oficiosa, un control de convencionalidad entre las normas internas y la C.A.D.H. *(Trabajadores cesados del Congreso versus Perú, 2006, párr. 128)*.

En ese sentido, *Allan R. Brewer–Carias* indica que la Corte entiende el control de convencionalidad como una tarea asignada, básicamente, al Poder Judicial en general, es decir, a los jueces y tribunales internos, sin distinción alguna e independiente de las regulaciones que puedan existir en materia de control de constitucionalidad en cada país *(Brewer- Carias, 2013, p. 58)*. Así, el control difuso de convencionalidad convierte a los tribunales internos de los países parte de la Convención, en el primer intérprete y auténtico guardián de este instrumento internacional *(Cabrera García y Montiel Flores vrs. México, 2010, párr. 24)*.

Sobre el mismo tema, más recientemente la C.I.D.H., en el año 2011, en el caso *Gelman vrs. Uruguay* recordó que

[…] cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (Gelman vrs. Uruguay, 2011, párr. 193).

Hasta aquí parece que, vistos llanamente los pronunciamientos de la Corte sobre el control de convencionalidad difuso, todas las personas juzgadoras y los tribunales internos de cada país se encuentran legitimados para llevarlo a cabo; pero esto no es un tema en nada pacífico, pues hay parte de la doctrina que considera, con argumentos respetables, que este control puede ser llevado solamente por los jueces ordinarios, cuando tiene un sistema jurídico que dispone un control de constitucionalidad difuso y no concentrado, en virtud de que, en este último caso, no se contaría con la competencia necesaria para llevar a cabo este control por parte de los tribunales comunes.

Por tanto, el único competente en la legislación interna para ejercer el control concentrado de convencionalidad sería el órgano jurisdiccional designado por la ley para ejercer el control concentrado de convencionalidad.

Trasladando esta posición concretamente a nuestro medio, únicamente la Sala Constitucional podría ejercer el control de convencionalidad *(Brewer-Carias, 2013, p. 62-63)*.

Por el contrario, hay quienes (por ejemplo el autor *Brewer-Carias*) no observan ninguna imposibilidad respecto a que el control de convencionalidad sea ejercido por los tribunales internos ordinarios aun en sistemas con un control de constitucionalidad concentrado y contraargumentando que nos encontramos ante mecanismo de controles diversos, pues una cosa es control de constitucionalidad y otra cosa es control de convencionalidad. El primero se ejerce de acuerdo con la Constitución Política de cada país parte, mientras que el segundo tiene como fuente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el control se ejercer con base en este mecanismo internacional *(Brewer- Carias, 2013, p. 65)*.

Brewer-Carias expone que cuando la Corte refiere que el control de convencional difuso que los tribunales internos deben realizar lo es *"en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes" (Brewer- Carias, 2013, p. 63)*. Esto quiere decir que de acuerdo con su competencia por la materia, el grado y el territorio que tengan en el ámbito interno, sin que en ello la competencia que puedan tener en materia de control de constitucionalidad tenga ninguna condicionante, lo cual es, según el autor, otra cosa diferente.

Esta explicación reviste especial importancia, pues lo indicado en el entrecomillado ha sido usado por parte de la doctrina que sostiene la posición contraria, sea que los jueces ordinarios no pueden ejercer control de convencionalidad, pues entienden que la competencia estaría otorgada exclusivamente al órgano designado por ley para ejercer el control de constitucionalidad, si se tiene un control concentrado de constitucionalidad.

La anterior discusión es bastante reciente, y podemos señalar que los argumentos referidos, en uno y otro caso, son apenas la punta del *iceberg* de un tópico que, con seguridad, puedo indicar, seguirá siendo, por la importancia que reviste, un punto de discusión muy apasionante, pero lamentablemente ahondar en ella en este artículo implicaría distraerme de los objetivos aquí propuestos.

Por esta razón, por el momento, me bastará con enunciar que, en el caso de Costa Rica, el tema pierde un poco de importancia, en virtud de que, en pronunciamientos de larga *data* de la Sala Constitucional, se ha aceptado que, cuando un instrumento internacional de derechos humanos otorgue mayores derechos y garantías que la propia Constitución, estos tomaran un rango superior a ella[5].

A mi criterio, esta posición jurisprudencial estaría dando espacio para que los tribunales internos ordinarios apliquen el control de convencionalidad.

Así mismo, aunado a la anterior posición jurisprudencial de la Sala Constitucional de Costa Rica, existe, además, otro motivo de naturaleza de rango constitucional por el cual considero que los tribunales ordinarios patrios pueden ejercer el control de convencionalidad.

Según el numeral 11 de nuestra Carta Magna, todos nuestros jueces y juezas se encuentran sometidos a la Constitución y a la ley y, al fin de cuentas, la Convención y gran parte del bloque de convencionalidad son leyes que han sido adoptadas por nuestro país y, consecuentemente, son parte esencial de nuestro ordenamiento jurídico.

Como conclusión preliminar, se puede indicar que el nacimiento del proceso del control de convencionalidad ha implicado un rompimiento, tanto en Costa Rica como en otras partes del continente americano, de la estructura clásica de la forma de impartir justicia por parte de los tribunales internos, donde no en pocas ocasiones, conocen y resuelven los casos puestos a su conocimiento alejados de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Sin lugar a dudas, el control difuso de convencionalidad se convierte en una herramienta de carácter garantista adecuada para desaparecer o al menos limitar los juzgamientos inconvencionales y alegados del bloque de convencionalidad de los derechos humanos. En otras palabras, se convierte en un medio para desnudar y desaparecer la excusa de muchos jueces y juezas de nuestro país que suelen utilizar, en no pocas ocasiones, lineamientos jurisprudenciales tanto de tribunales ordinarios como de la Sala Constitucional, principalmente para justificar sus actuaciones y resoluciones, aun cuando a simple vista se denote que son contrarios al bloque de convencionalidad.

Sin lugar a duda es una responsabilidad colosal que les hayan encomendado a los jueces y las juezas ordinarios de los Estados partes de la Convención, ser los guardianes de sus postulados, valores, principios y derechos allí consagrados. Así es como este instrumento de control convencional se convierte hoy por hoy en una prueba para que las personas administradoras de justicia demuestren que pueden juzgar a las personas respetando parámetros internacionales sobre derechos humanos.

En virtud de lo dicho hasta aquí, vale decir que, para efectos del presente trabajo, tomaré la posición de que efectivamente aun cuando en nuestro país exista un sistema de control de constitucionalidad concentrado, los jueces y las juezas ordinarios pueden llevar a cabo el control difuso de constitucionalidad.

5 Así, por ejemplo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia lo dispone, voto n.° 2000-07484 de las nueve horas con veintiun minutos del veinticinco de agosto de dos mil.

III.- ESTADO ACTUAL DEL MARCO NORMATIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL NIÑO Y DE LA NIÑA, Y, EN ESPECÍFICO, DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL EN MATERIA PENAL JUVENIL

Concretamente, el tema de la medida cautelar de detención provisional en el derecho penal juvenil no encuentra su regulación expresa en la C.A.D.H., sino en otros instrumentos internacionales especializados, como lo son la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante C.D.N)[6] y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como "Reglas de Beijing" (en adelante Reglas de Beijing)[7]. Por tanto, se podría cuestionar si, *¿la C.I.D.H. y los otros órganos de control de este instrumento internacional, como por ejemplo, la Comisión Americana de Derechos Humanos (en adelante únicamente Comisión) tienen competencia para conocer sobre estos temas?*

Tal cuestionamiento debe contestarse de forma afirmativa, es decir, si tienen la Corte, la Comisión y los demás órganos que conforman el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la legitimidad necesaria para conocer sobre estos tópicos, básicamente, porque de conformidad con la interpretación del numeral 19 de la Convención y el numeral VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, estos órganos han desarrollado lo que se conoce como "*Corpus juris*" de los derechos humanos de las niñas, los niños y las y los adolescentes. Este es el conjunto de normas vinculadas a la protección de los derechos de la niñez, y forman parte de él, tanto la C.A.D.H como la C.D.N y otros instrumentos internacionales como: las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (en adelante "Reglas de Beijing") las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (en adelante "Reglas de Tokio"), las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad (en adelante "Reglas de La Habana") y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (en adelante "Directrices de Riad"). También deben agregarse todos los demás instrumentos internacionales sobre derechos humanos de alcance general que sean parte del sistema de protección.

La *"Relatoría sobre los derechos de la niñez"* (2011) refiere el concepto:

> […] *corpus juris en materia de niñez"* como: *"el reconocimiento de la existencia de un conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos de las niñas, los niños y adolescentes"* agregándose que *"La Comisión Interamericana se ha referido a este concepto señalando que, para interpretar las obligaciones del Estado en relación con los menores [sic], además de las disposiciones de la Convención Americana, la Comisión considera importante acudir, por referencia, a otros instrumentos internacionales que contienen normas más específicas con respecto a la protección de la niñez, entre las cuales cabría citar la Convención sobre los Derechos del Niño, y las diversas Declaraciones de las Naciones Unidas sobre el tema. Esta integración del sistema regional con el sistema universal de los derechos humanos, a los efectos de interpretar la Convención, encuentra su fundamento en el artículo 29 de la Convención Americana y en la práctica reiterada de la Corte y de la Comisión en esta materia" (párr. 15-20).*

---

6 Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el numeral 49. En Costa Rica fue ratificada por Ley N.° 7184 del 18 de julio de 1990, vigente desde el 09 agosto de 1990.

7 Se debe aclarar que este cuerpo normativo es de aplicación directa por nuestro tribunales –pues no ha sido ratificada por Costa Rica a la fecha– por formar parte del bloque de convencionalidad y del "Corpus iuris". Ver nota al pie página número cinco.

Este "*corpus juris*" es importante porque la Corte ha indicado que tiene la finalidad de fijar el contenido y los alcances del numeral 19 de la Convención Americana.

También se agrega en el texto en comentario que la existencia de un "*corpus juris*" incluye además para efectos interpretativos, las decisiones adoptadas por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas en cumplimiento de su mandato, como la observación general número 10 sobre los derechos del niño en la justicia de menores de edad. Agrega, con razón, que ello representa un avance significativo que evidencia no solo la existencia de un marco jurídico común en el derecho internacional de los derechos humanos aplicable en materia de niñez, sino también la interdependencia que existe en el ámbito internacional entre los distintos sistemas internacionales de protección de los derechos humanos de los niños" (*párr. 15-20)*.

Concretamente, en relación con el marco normativo de la detención provisional en materia de menores de edad, se puede decir que encuentra basta regulación tanto en la normativa interna como en los instrumentos internacionales.

Por ejemplo, a nivel nacional, la medida cautelar de detención provisional encuentra una regulación, si se quiere general, en la Constitución Política de la República de Costa Rica, en su numeral 37, donde se dispone un límite de naturaleza constitucional, el cual es la necesaria existencia de un indicio de probabilidad de comisión del hecho delictivo.

Por su parte, la regulación expresa de esta medida cautelar se encuentra en la Ley de Justicia Penal Juvenil (en adelante L.J.P.J.) en los numerales 58 (tipos de peligros procesales), 59 (carácter excepcional) y 60 (carácter de celeridad en los procesos donde se encuentren personas menores de edad detenidas).

En el ámbito internacional, se regula la medida cautelar de detención provisional, de manera expresa, en dos cuerpos normativos importantes, como lo son la Convención sobre los Derechos del Niño, en el numeral 37, y por las reglas 10, inc. 1) y 2), y la 13 de la Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como "*Reglas de Beijing*".

La normativa señalada hace referencia a aspectos de suma relevencia respecto a la forma de imposición, naturaleza y principios que deben regir esta medida cautelar. Así, podemos notar cómo ambos cuerpos normativos abogan porque la situación jurídica de una persona menor de edad detenida sea resuelta lo más pronto posible (máxima prioridad). Hacen énfasis, especialmente, en que debe imponerse la medida de detención provisional conforme a la ley (principio de legalidad criminal) que debe aplicarse como última opción (principio de excepcionalidad y de "*ultima ratio*") y en el menos tiempo posible (principio de proporcionalidad y necesidad), refiriendo, de igual manera, que debe darse su ejecución respetando la dignidad humana y separada de las personas condenadas y de las adultas.

Debe agregarse además que, también, existe otro conjunto de normas internacionales que regulan este tema, como son, por ejemplo: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 5 y 7; las Reglas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad, en sus normas III, 17 y 18; en la regla 6 de las Reglas de Tokio y las normas 13 y 16 de la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes[8].

IV.- CONTROL DE CONVENCIONALIDAD VS. TRATAMIENTO DE LOS TRIBUNALES PATRIOS DE LOS PRINCIPIOS DE EXCEPCIONALIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN LA MEDIDA CAUTELAR DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL EN PENAL JUVENIL

Las concepciones que, en doctrina, tratan de definir una medida cautelar de detención provisional de menores de edad son diferentes (concepto adoptado en la Ley de Justicia Penal Juvenil vigente N.º 7576), o, lo que es igual, la prisión preventiva en materia de adultos, según la concepción adoptada por el Código Procesal Penal vigente N.º 7594 (en adelante C.P.P.).

Pero considero que una definición que se puede ajustar, de forma más adecuada a lo que se entiende por tal en la L.J.P.J., es la que proporciono de seguido: Aquella limitación, de carácter temporal, excepcional, necesaria y proporcional de la libertad personal del niño acusado o de la niña acusada en un proceso penal juvenil de cometer un acto delictivo *(cuya sanción directa implique internamiento directo)*, previa solicitud del ente acusador y del debido ejercicio de derecho de defensa, ordenada, de forma motivada, por medio de una resolución judicial emitida por parte de un órgano jurisdiccional competente y especializado, antes de la existencia de una sentencia condenatoria firme (indiciado o indiciada), en el momento que existe una acusación debidamente formulada y siempre que concurra, necesaria e indispensablemente, tanto el requisito constitucional de presunción razonable de culpabilidad (indicio comprobado) como al menos, uno de los presupuestos materiales previamente establecidos por la ley, sea, peligro razonable que el o la menor de edad evada la acción justicia, el peligro de destrucción u obstaculización de la prueba o peligro para la victima, denunciante o testigo y que tendrá, como única finalidad, asegurar el normal desarrollo y las resultas del proceso, nunca servir como de una pena anticipada.

También interesa rescatar, para los efectos de este trabajo, algunos de los principios o características esenciales que informan la medida cautelar en cuestión y que básicamente es reconocida, de manera casi pacífica, tanto por la doctrina, la ley y la jurisprudencia. Estos principios son los de excepcionalidad y proporcionalidad *(Castex, 2009, p. 139)*.

El principio de excepcionalidad en la detención provisional, radica básicamente, en que se debe optar por esta medida cautelar como última opción (*"ultima ratio")*[9]. Por ello, en caso de que sea necesaria la imposición de una medida cautelar, debe agotarse la posibilidad de aplicarse medidas no privativas de libertad. Esto es así, porque una medida cautelar representa una injerencia en el derecho fundamental de la libertad personal.

8 Se ampliará el contenido específico de estos cuerpos normativos en líneas posteriores, específicamente en el apartado IV.

9 Ver TIFFER SOTOMAYOR (Carlos) y otros. Derecho penal juvenil. San José, Costa Rica, II edición, Editorial Jurídica Continental, 2014, pp. 283-289.

Por su parte, el principio de proporcionalidad hace referencia, básicamente, a que, en caso de que sea sumamente necesario el uso de una medida cautelar de detención provisional, debe realizarse en el menor tiempo posible y solo en los casos donde el delito esté sancionado con una pena de prisión.

Por ello en caso de que la persona menor de edad se encuentre detenida provisionalmente, debe darse máxima prioridad al proceso penal seguido en su contra para resolver, lo antes posible, su situación jurídica y no alargar de manera innecesaria su estadía en prisión, pues debe tenerse en cuenta que la garantía de inocencia está de por medio.

El profesor Llobet Rodríguez desarrolla, ampliamente, el principio de proporcionalidad en relación con la medida cautelar de prisión preventiva y, al respecto, indica, entre otros asuntos, que opera como un correctivo de carácter material frente a la medida cautelar dicha que formalmente aparecería como precedente; pero, con respecto a la cual, no podría exigírsele a la persona imputada que se someta a ella. Agrega que este principio, en sentido amplio, se divide en tres subprincipios: necesidad (debe imponerse la medida como última opción), idoneidad (que solo se aplique la detención en el caso de ser un medio idóneo para contrarrestar el peligro que se trata de evitar) y prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido estricto (implica la necesaria ponderación de intereses para determinar si el sacrificio del interés individual está justificado conforme al interés estatal que se trata de salvaguardar). Por último, en lo que aquí interesa, el autor señala que ningún imputado puede ser tratado peor que una persona condenada *(Llobet, 2010, 246-265).*

A nivel normativo, debe indicarse que los principios de proporcionalidad y excepcionalidad se encuentran regulados en diferentes normas tanto de carácter nacional como internacional.

Los citados principios encuentran regulación internacional en los siguientes cuerpos normativos: la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 37, inc. b), el cual señala:

> *Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda […].*

En las Reglas de Beijing, número 5, se señala:

> *El sistema de justicia de menores [sic] hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito*.

Por su parte, la regla 13.1 indica que

Sólo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible" y la 13.2 que reza *"Siempre que sea posible, se adoptarán medidas sustitutorías de la prisión preventiva, como la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o a una institución educativa*.

Además, la Convención Americana sobre Derechos Humanos refiere en el numeral 7.3:

Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios" y el 7.5 que dice *"[…] Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio […]"*.

Las Reglas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad predican, en su regla 17, que

[…] En la medida de lo posible, deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales la detención antes del juicio. En consecuencia, deberá hacerse todo lo posible por aplicar medidas sustitutorias.

Asimismo, las Reglas de Tokio disponen en el punto 6 que

[…] La prisión preventiva como último recurso […]". Por último la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes en la norma 16.2 *"[…] los Estados Parte garantizan que los Jóvenes no serán arrestados, detenidos, presos o desterrados arbitrariamente […]*. (El resaltado no pertenece al texto original).

Cabe destacar que, en relación con el principio de excepcionalidad, tanto la Corte como la Comisión se han referido a ellos en vastos pronunciamientos, tema que será retomado posteriormente[10].

A nivel interno, el principio de excepcionalidad se encuentra regulado en el numeral 59 de la L.J.P.J, cuando refiere que *"[…] la detención provisional tendrá carácter excepcional […]"* y el 87 señala la posibilidad de aplicar otras medidas menos gravosas. De igual forma, el artículo 10 del Código Procesal Penal dispone que *"[…] Tendrán carácter excepcional y su aplicación con respecto al imputado, debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pudiera llegar a imponerse".* Por su parte, el numeral 24 indica la posibilidad de aplicar otras medidas menos gravosas. (El resaltado no pertenece al texto original).

Cabe anotar, en este sentido, que la L.J.P.J. hace referencia a una excepcionalidad especial o de mayor intensidad cuando estamos ante menores de edad que se ubican en un primer grupo etario en materia penal juvenil, entre 12 y 15 años, tal y como el primer párrafo del numeral 59 de ese cuerpo normativo lo dispone.

En el ámbito legal interno, se regula el principio de proporcionalidad en la medida cautelar en los artículos 1, 33, 39 y 40 de la Constitución Política; en el numeral 60 de la L.J.P.J., e informa que, a fin de que la detención sea lo más breve posible, debe darse máxima prioridad a los casos donde hay personas detenidas cautelarmente.

Asimismo, el numeral 10 del C.P.P. dispone que *"su aplicación con respecto al imputado, debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pudiera llegar a imponerse".* El artículo 239, inc. c) indica que solo procede la prisión preventiva cuando el delito que se atribuya esté reprimido con pena privativa de libertad. El numeral 244 otorga la posibilidad de aplicar otras medidas menos gravosas. (El resaltado no pertenece al texto original).

10 Se ampliará este tema en el apartado IV, punto C, del presente trabajo.

En el ámbito de la jurisprudencia constitucional, ambos principios han sido abordados también en reiteradas ocasiones. Por ejemplo, en los votos 2005-7227, 2006-470, 15211-2009, 017558-2010 y 4037-2010 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; aunque debe indicarse que la línea jurisprudencial en este sentido, por así decirlo, no es la oficial, sino que son votos aislados y además contradictorios[11], pues, por un lado se *"predican"* estos principios, pero por otro, la posición realista del constitucional es la de legitimar su violación, tal y como se podrá observar *infra*[12].

Como se puede ver, la regulación de estos principios a nivel legal es vasta, pero lamentablemente, en la práctica, no con poca frecuencia estos son transgredidos en materia penal juvenil, donde se supone que debe darse un tratamiento aún más riguroso por parte de los tribunales, en razón de la especialidad del sujeto a quien va dirigida la justicia penal juvenil, sea un sujeto en etapa de desarrollo, donde la doctrina dominante[13] entiende, en términos generales, que el delito por dicha razón es episódico.

Considero que, en Costa Rica, la mayoría de los jueces y las juezas penales juveniles y, principalmente, la Sala Constitucional han venido tratando dichos principios de manera inconvencional; dicho de otra forma, en contra del bloque de convencionalidad.

Debe indicarse que este tratamiento inconvencional, por irónico que parezca, ha sido motivado, en gran parte, por el órgano llamado a proteger y velar para que se efective el derecho de la Constitución; es decir, la Sala Constitucional, en tanto que los tribunales ordinarios, con algunas excepciones,[14] sin mayores cuestionamientos, se han abocado a seguir su línea jurisprudencial.

---

11 Por ejemplo, el voto número 14950-2011 de la Sala Constitucional indicó:
"[…] Objeto del recurso. El recurrente acusa que el amparado ha permanecido más de 6 meses detenido, tiempo que supera el plazo máximo de internamiento que al efecto dispone el artículo 59 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, sin que las autoridades recurridas resuelvan su situación jurídica, actuación que va en detrimento de su libertad personal […].
[…] En cuanto al reparo del recurrente de que el recurrido señaló el 31 de octubre de 2011 para la realización del juicio y no la audiencia para plantear la solución alterna, ello no lesiona de forma directa la libertad personal del infractor, como en el mismo informe se indica la audiencia se dará según corresponda la agenda del despacho judicial y previo a la realización del juicio. Bajo este panorama, no encuentra este Tribunal razón para estimar el recurso […]".

12 Ver apartado IV, punto A, B y C, del presente trabajo.

13 Ver TIFFER SOTOMAYOR (Carlos) y otros. Op. cit.

14 Ver del Tribunal de Casación de San José, votos número 0216-2011 de las 11 horas, 30 minutos del 17 de febrero de 2011, y el 2010-1497 del Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José de las once horas con cuarenta y cinco minutos del veintiuno de diciembre de 2000. Interesa recalcar el magistral voto salvado de la profesora Rosaura Chinchilla, en el que denegó la prorroga de la detención más allá del plazo con base en las siguientes consideraciones:
1.- En este sentido, el voto salvado nos ilustra que si bien jurisprudencialmente ha sido aceptado la prórroga y que ello deviene en vinculante, lo cierto del caso es que también existen pronunciamientos del Tribunal constitucional que están relacionados con el principio de excepcionalidad y proporcionalidad, principalmente, que son contrarios a los primeros.
2.- Se indica, acertadamente, que existen votos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los presupuestos de la prisión preventiva y normativa internacional como lo son las Reglas de Beijing, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores de edad privados de libertad y se le agrega la Convención sobre Derechos del niño entre otros, que son vinculantes para Costa Rica y que, conforme lo ha dicho la misma Sala Constitucional, en tanto confieren más derechos humanos que el ordenamiento interno, prevalecen por sobre la misma Constitución Política, que contradicen la jurisprudencia constitucional en cuestión.
3.- Se recalca, además, que no cabe la aplicación supletoria del articulo 258 del C.P.P., pues hay norma expresa al respecto en la L.J.P.J., además los plazos ahí contenidos son inconciliables no solo con la doctrina que informa la ley especial sino con la ley misma.
4.- Refiere, también, que de acuerdo al principio de división de funciones, si los plazos se consideran cortos, eso escapa de la función jurisdiccional y no es subsanable consecuentemente por esta vía.
5.- Por último, agrega un argumento de mucho peso, el cual es que las prórrogas pretendidas pareciera sin limitación, coartan el derecho de doble instancia, pues no pueden ser reguladas ni revisadas por un órgano jurisdiccional superior.

Quisiera pensar que esta falta de cuestionamientos de la línea jurisprudencial en mención se debe a la naturaleza vinculante *erga omnes* de su jurisprudencia y a la falta de argumentos devenidos del desconocimiento de instrumentos internacionales y del bloque de constitucionalidad y convencionalidad, pues pensar que ello se debe a la posición ideológica de los jueces y las juezas ordinarios sería una magna desilusión, pues entendería que la invitación central que se hace en este escrito no sería de buen recibo.

Acuso este tratamiento inconvencional del principio de excepcionalidad y proporcionalidad desde el Poder Judicial aunque podría, en buena medida, achacarse, también al Poder Legislativo por la promulgación y las reformas legislativas abiertamente contrarias al derecho de la Convención[15]. Pero ello ampliaría, en demasía, el presente texto y sobrepasaría los objetivos iniciales propuestos, por lo que me aboco, únicamente, a tratar algunos aspectos del tratamiento inconvencional de los mencionados principios únicamente desde la Administración de la justicia.

Aun cuando, en mi criterio, la transgresión de los principios en mención se da desde diferentes ángulos, los cuales por la naturaleza ensayística del presente escrito se me hace imposible abarcar en su totalidad, quisiera desarrollar las dos violaciones que, con más frecuencia, considero que se incurre en el tratamiento inconvencional, las cuales tienen que ver con: 1). El uso ilimitado de la detención provisional (violación al principio de excepcionalidad), y 2). La duración de la detención provisional (transgresión al principio de proporcionalidad) en la materia penal juvenil.

Con la finalidad de demostrar este tratamiento inconvencional en los principios de proporcionalidad y excepcionalidad de la medida cautelar de detención provisional por parte de los tribunales patrios, haré referencia a dos posiciones jurisprudenciales paradigmáticas del tribunal constitucional costarricense, que desde 1997 y 1999 tomaron, y que se han mantenido incólumes a la fecha.

Estas posiciones son las siguientes:

A.- Admitir prórroga de la detención provisional más allá del plazo previsto legalmente

Desde 1997, la Sala Constitucional de Costa Rica legitimó la posibilidad de que se pudiera prorrogar la detención provisional contra una persona menor de edad, más allá del plazo legalmente establecido en la L.J.P.J.

Esta línea jurisprudencial, a mi juicio, debe ser considerada paradigmática de cara al tratamiento que el tribunal constitucional ha venido dando a los principios de excepcionalidad y proporcionalidad en la medida cautelar de detención provisional, pues ha sido el punto de partida que ha marcado, sin lugar a dudas, una posición contragarantista e inconvencional en relación con los citados principios. Este tratamiento jurisprudencial, a lo largo de los años, ha tenido un creciente desarrollo negativo en relación con los principios referidos.

15 Ver Ley "Reformas Ley N.° 7594, Código Procesal Pena;, Ley N.° 7576, Ley de Justicia Penal Juvenil: Ley N.° 8460, Ley de Ejecución de Sentencias Penales Juveniles; Ley N.° 7333, Ley Orgánica del Poder Judicial y adición al Código Procesal Penal". Ley N.° 9021 del 03 de enero de 2012 donde se reforma el numeral 59 de le L.J.P.J, el cual amplió el plazo de detención de 4 a 9 meses.

Considero, en virtud de lo dicho, que los pronunciamientos a los que se dará énfasis a continuación, principalmente sobre el tema de la prorrogabilidad de la detención provisional, han constituido y constituyen, a la fecha, uno de los mayores y más evidentes yerros en que la Sala Constitucional ha incurrido en esta materia y en contra del derecho fundamental de libertad personal, pues su posición contradice, de manera flagrante y grosera, postulados no solo constitucionales, sino también convencionales.

Así debemos ubicarnos, históricamente, en 1997, cuando la Sala Constitucional, por primera vez, en el voto 0171-1997[16], se pronunció sobre la posibilidad de detener, de manera provisional, a una persona menor de edad por un plazo mayor a los cuatro meses que, para ese momento la L.J.P.J. regulaba. En el numeral 59, refirió, básicamente, que era necesario para la sujeción del proceso de la persona condenada y señaló que "*[…] en casos concretos y excepcionales, dada la naturaleza cautelar de la medida, que debe responder a una necesidad real, se pueda fundamentar válidamente la restricción de la libertad por un plazo mayor al establecido […]*".

Este criterio no solo se ha mantenido a lo largo de los años, sino también de manera gradual, se ha venido disminuyendo, limitando y vaciando de contenido garantista de los principios referidos, pues posteriormente a la emisión del voto indicado, el tribunal constitucional siguió desarrollando este tema de tal manera que ha buscado la forma tanto de justificar su posición como de darle contenido con fundamentos jurídicos inexistentes.

Posterior a la emisión del anterior voto, se siguió con esta línea jurisprudencial[17], con la diferencia de que, posteriormente, se dijo que la prórroga más allá del plazo que disponía en la L.J.P.J. tenía como fundamento el artículo 258 del C.P.P., el cual podía aplicarse supletoriamente, de conformidad con el numeral 9 de la L.J.P.J., es decir, bajo una interpretación adultocentrista inadecuada por ilegal, en virtud de que es una interpretación y aplicación erróneas de las disposiciones del artículo 9 en mención, debido a que este numeral autoriza, únicamente, hacer uso supletorio del C.P.P. cuando no esté algún tópico regulado, de forma expresa, en la L.J.P.J., lo cual no sucede en este extremo en virtud de que el tema de la medida cautelar de detención provisional está expresamente regulado allí. Por ejemplo, este criterio fue sostenido por el tribunal constitucional en los votos números 2004-06563 y 2006-470.

---

16 Voto de las nueve horas con tres minutos del diez de enero de mil novecientos noventa y siete.

17 Ver, también, en este sentido las resoluciones de la Sala Constitucional números: 8210-1997, 4266-2002 y 4836-1999. Este último indica en lo conducente,: "El supuesto planteado en este recurso es que la restricción a la libertad del amparado finalizó sin que la autoridad recurrida prorrogara esa medida cautelar. Si bien es cierto en materia de justicia penal juvenil las disposiciones referentes a la continuidad de la prisión preventiva no se suponen aplicables al caso en que el Tribunal haya dictado sentencia condenatoria contra el menor acusado, aunque ésta no se encuentre firme, ya sea porque no ha transcurrido el plazo en el que adquiere firmeza o por la interposición del recurso de casación, el juzgador tiene la posibilidad de restringir la libertad ambulatoria en la medida necesaria para cumplir con aquel fallo. Esta Sala ha señalado que el supuesto en que recae sentencia condenatoria en perjuicio del imputado como una circunstancia que –si bien no modifica el estado de inocencia cuando aun no se ha dado la firmeza del fallo– cambia la situación del imputado respecto de los fines del proceso y añade un elemento que –en caso de haberse mantenido una sospecha de fuga durante todo el proceso– acentúa un riesgo razonable de evasión de la acción de la justicia (véase en ese sentido la sentencia número 0171-97 de las 9:03 horas del 10 de enero de 1997). En el presente caso, la continuidad de la prisión preventiva se ordenó porque el amparado fue sentenciado a cuatro años de prisión y la medida se justificó en razones objetivas y aún antes de que finalizara el plazo de cuatro meses que establece la Ley de Justicia Penal Juvenil, y hasta tanto quede firme la sentencia [...]".

El voto número 19962-2010 del tribunal constitucional terminó de *"poner la cereza en el pastel"* al dar a entender, en el tema de la proporcionalidad y excepcionalidad de la detención provisional, que esta puede extenderse más allá de los plazos ordinarios y extraordinarios al permitir y legitimar que, su imposición, en caso de que sea necesario, puede darse en un plazo aún mayor que lo dispuesto en materia de adultos (en el numeral 258 del C.P.P.), requiriendo, como único requisito, la necesidad procesal en los vaivenes del proceso.

Al respecto, se indicó en dicho voto

[…] El cumplimiento del límite máximo de la prisión preventiva, no impide admitir la imposición de una medida cautelar privativa de la libertad, cuando se pretenda la realización de un acto concreto, especialmente el debate, que es el acto determinante en el se dilucida la pretensión punitiva del Estado. Las vicisitudes del proceso, su complejidad, el agotamiento de las fases recursivas, el comportamiento del encausado durante el desarrollo del proceso, son elementos que deben considerarse al evaluar la pertinencia y legitimidad de una medida cautelar privativa de la libertad […].

De los votos señalados, se desprende que uno de los principales argumentos que el tribunal constitucional expone para consentir la prórroga de la medida cautelar en los términos dichos fue la existencia de una inadecuada regulación y de un vacío legal en la L.J.P.J. de este instituto, no solo porque los plazos ahí dispuestos eran sumamente cortos, sino también porque no se regulaba la posibilidad de ordenar prórrogas en los casos donde se dictaba sentencia condenatoria o se ordenaba un juicio de reenvío, lo cual implicaba, a criterio del tribunal, un problema en la práctica jurisdiccional, en virtud de que ello no se ajustaba a la realidad procesal.

Con este criterio, la Sala Constitucional violentó algunos de los principios y postulados básicos de un Estado social democrático y de derecho, a saber: el principio de división de poderes y, consecuentemente, el principio de legalidad y el de reserva de ley, en virtud de que usurpó la función del legislador por vía jurisprudencial, al tratar de suplir las aparentes falencias existentes en la ley[18].

Considero que la justificación del constitucional respecto al tema de la prórroga ha sido muy débil desde su nacimiento y, a consecuencia de ello, ha recibido duras críticas por parte de la doctrina nacional[19], quien con fuertes y aceptables argumentos han controvertido estos pronunciamientos judiciales.

La ilegitimidad y debilidad de los argumentos contenidos en la posición jurisprudencial en análisis quedó en evidencia en el 2012, cuando se da la reforma del numeral 58 de la L.J.P.J., la cual amplió legalmente el plazo de la detención de "***cuatro meses a nueve meses"***, regulando, de esta manera, lo que en votos anteriores el tribunal constitucional echaba de menos; es decir, la ampliación del plazo.

18 Ver voto 13102-2007 de la Sala Constitucional que indica en lo conducente : "[…] De lo expuesto, la Sala concluye que el dictado de la prórroga de prisión preventiva dictada por resolución de las nueve horas quince minutos del diecisiete de julio del dos mil siete el Juzgado Penal Juvenil del Primer Circuito Judicial de San José fue dictada a solicitud del Ministerio Público. Asimismo se descarta que el dictado de la medida sea ilegítimo dado que como lo analiza la sentencia de cita ante omisión de la Ley de Justicia Penal Juvenil de pronunciarse sobre el dictado de prisión preventiva cuando exista sentencia condenatoria que no haya adquirido firmeza se le aplica en forma supletoria los artículos 9 y 258 del Código Procesal Penal. En consecuencia, lo procedente es declarar sin lugar el recurso […]".

19 Así por ejemplo: BURGOS MATA (Álvaro). Manual de derecho penal juvenil. San José, Costa Rica, I edición., Editorial Jurídica Continental, DNI, 2011, p.p. 191-194.

A pesar de esta reforma, la Sala Constitucional sigue, en la actualidad, con la misma línea jurisprudencial y acepta, incluso, en este momento, que esta medida cautelar pueda superar el actual plazo de detención dispuesto por ley.

Básicamente hoy se entiende que este únicamente tiene su límite en las necesidades, vaivenes y vicisitudes del proceso penal juvenil. En otras palabras, podemos hablar, aunque suene exagerado, macabro y perverso para las garantías constitucionales, que no hay límite legalmente establecido en el plazo para la detención preventiva en materia penal juvenil[20].

B.- Admitir la detención provisional donde no tiene como sanción directa pena de cárcel

En efecto, esta es la otra línea jurisprudencial que, a mi juicio, deviene en inconvencional por vulnerar el principio de proporcionalidad y de excepcionalidad que debe, necesariamente, informar la medida cautelar de detención provisional en materia de menores de edad.

En efecto, en materia penal juvenil, el artículo 131 de la L.J.P.J. dispone concretamente que el

> *Internamiento en centro especializado. La sanción de internamiento es una privación de libertad de carácter excepcional. Puede ser aplicada sólo en los siguientes casos: a) Cuando se trate de delitos dolosos sancionados en el Código Penal o leyes especiales, para mayores de edad con pena de prisión superior a seis años. b) Cuando haya incumplido injustificadamente las sanciones socioeducativas o las órdenes de orientación y supervisión impuestas […].*

A pesar de esta disposición legal concreta, el tribunal constitucional costarricense, desde 1999[21], emitió el voto paradigmático número 3614-99[22], donde se legitimó y autorizó, por primera vez, la aplicación de una medida cautelar de detención provisional aun en los casos en que la L.J.P.J no tiene prevista la imposición directa de una sanción privativa de libertad.

Este pronunciamiento jurisprudencial resulta importante porque, en la actualidad, es un tema controvertido a pesar de las graves implicaciones que trae en la imposición de la medida cautelar de detención provisional, pues prácticamente provocó el vaciamiento del contenido de los principios de excepcionalidad y proporcionalidad de esta medida cautelar.

---

20 Ver por ejemplo el voto número 10500-2012 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de las nueve horas cinco minutos del siete de agosto de dos mil doce.

21 El tribunal constitucional deriva esta interpretación de un análisis que se hace de un precedente constitucional del numeral 131 de la Ley de Justicia Penal Juvenil a causa de unas consultas judiciales facultativas llevadas a cabo por el Juzgado de Ejecución de la Pena de Alajuela en el voto de la Sala Constitucional número 02743-1999.

22 En lo conducente este voto indica que: ***"[…] El caso que nos ocupa es diferente, porque no se trata de la imposición de la sanción propiamente dicha, habida cuenta que el menor amparado no ha sido aún declarado culpable por el Tribunal competente, sino que se trata de la imposición de medidas cautelares; sin embargo, se estima que el mismo criterio sostenido en el precedente de cita es de aplicación en la especie, de manera que nada impide que el internamiento sea impuesto como medida cautelar a un menor sometido a proceso penal juvenil, cuando ha incumplido otras medidas menos gravosas impuestas, siempre y cuando en el respectivo auto así expresamente se indique, con el fin de que el menor sepa a qué atenerse […]".***

Esta línea jurisprudencial ha traído consigo la aplicación desbocada, ilimitada y desproporcional en la práctica judicial de la medida cautelar de detención provisional en tipos penales de gravedad mínima, como por ejemplo: daños, amenazas e, incluso, contravenciones[23].

La línea de la jurisprudencia invariada hasta la fecha se torna, desde la óptica del derecho patrio, en absolutamente cuestionable por ser violatoria del principio de excepcionalidad, proporcionalidad de la detención provisional y los principios de igualdad y legalidad, pues, por un lado, se da expresamente la posibilidad de imponer medidas cautelares tan gravosas como lo es la detención provisional en casos en que la L.J.P.J no dispone directamente la aplicación de una sanción de cárcel de manera directa y, por otro, transgrede el principio de igualdad.

Por otro lado, en materia de adultos, la medida cautelar en cuestión tiene, como requisito *sine qua non*, que el delito atribuido esté reprimido con pena privativa de libertad. Además, la imposición de una medida de esta naturaleza vía jurisprudencial, aun cuando la ley no lo prevé expresamente, resulta violatorio del principio de legalidad.

C.- Control de convencionalidad vs. tratamiento de los principios de excepcionalidad y proporcionalidad en la detención provisional por parte de nuestros tribunales: Una franca inconvencionalidad

Vamos a partir de que, en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador,* la Corte observa la "libertad personal" como un derecho humano y ha definido "libertad en sentido amplio" como:

> *[…] la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La seguridad, por su parte, sería la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana […], (Convención derechos humanos, Castillo y otros, 2013, pp. 176-179).*

Para la Corte, el artículo 7 de la Convención protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico.

Para el tribunal internacional, la seguridad también debe entenderse como la protección contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física. Además señala que se puede ejercer este derecho de diferentes formas y agrega que la Convención regula los límites o restricciones que el Estado puede hacer (Castillo, 2013, p. 176-179).

---

23 Lamentablemente no es posible verificar estadísticamente este dato, en virtud de que no existen registros en el Poder Judicial de las detenciones provisionales por delito, pero, en la *praxis* judicial con suma frecuencia se dan estos supuestos. Dicho aspecto –puedo dar fe– es constatable desde mi óptica empírica-laboral, pues desde hace ocho años aproximadamente laboro como defensor público en materia penal juvenil en San José.

También, haciendo un análisis del artículo 7.2 de la Convención, la C.I.D.H ha referido que el derecho a la libertad física está condicionado a la reserva de ley, pues debe ser únicamente a través de una ley como puede afectarse el derecho a la libertad personal, y este tribunal internacional ha entendido por ley *"una norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes"*. Agrega, además, que dicho principio va de la mano, indubitablemente, con el principio de tipicidad, el cual obliga a los Estados partes a establecer previamente las causas y condiciones de la privación de libertad. Así, en caso de que se incumpla con ello, se generaría la ilegalidad de la detención por ser contraria a la Convención Americana (Castillo, 2013, pp. 176-179).

Lo anterior toma especial importancia en el *test* de convencionalidad que se someterá a las líneas jurisprudenciales constitucionales costarricenses, en virtud de que las dos vertientes consideradas como inconvencionales líneas arriba construyen sus bases, a mi juicio, transgrediendo este principio de reserva de ley, pues según lo dicho por la Corte, pareciera ser que la jurisprudencia de la Sala Constitucional no constituiría fuente normativa idónea para autorizar, por ejemplo, la detención provisional más allá del plazo establecido por ley y, peor aún, autorizar la detención en casos que se prohíbe por la ley.

También, la Corte dispone que no es suficiente que toda causa de privación o restricción del derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos de convencionalidad para que la medida cautelar no sea arbitraria. Entre esos requisitos que interesan para efectos de este trabajo están:

> *i) que sean compatibles con la Convención, ii) que sean necesarias y absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y, que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, es decir, que sea excepcional, y ii) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida* (Castillo, 2013, p. 215).

En Costa Rica, por lo que se dijo y lo que se dirá, estos aspectos no se cumplen en algunos casos.

Partiendo de los parámetros, bajo los cuales la Corte entiende "libertad personal" y, haciendo un ejercicio de control de convencionalidad a las posiciones jurisprudenciales referidas en materia de excepcionalidad y proporcionalidad de la medida cautelar de detención provisional, en materia de menores de edad, en mi opinión, Costa Rica no pasa el filtro de convencionalidad, y estaríamos ante un evidente incumplimiento del bloque de convencionalidad y, consecuentemente, ante una eventual condena al Estado costarricense por parte de la C.I.D.H.

Esto es así porque al hacer el ejercicio de confrontación entre el tratamiento del principio de excepcionalidad y proporcionalidad que se ha dado por parte de los tribunales costarricenses con el bloque de convencionalidad (instrumentos internacionales de derechos humanos y los pronunciamientos tanto de la Corte como de la C.I.D.H) se tornan inconciliables.

En otras palabras, afirmo que la crítica referida líneas *supra* respecto a las líneas jurisprudenciales constitucionales sobre dichos principios, en relación con la normativa interna, trasciende, evidentemente, nuestras fronteras, en virtud de que existe, también, una evidente colisión con el bloque de convencionalidad, ya que ellos suponen la sujeción íntima de cualquier medida cautelar al principio de legalidad, excepcionalidad y proporcionalidad, con una especialísima y estrictísima regulación y aplicación *"reforzada"* cuando se trata de materia de menores de edad, donde la especialidad de la ley y su contenido ideológico deben ser más benévolos, mucho más garantistas y menos severos que en materia de adultos[24].

Desde aquí, se observa un problema en la posición jurisprudencial constitucional en análisis con el bloque de convencionalidad, debido a que, en Costa Rica, no solo se vaciaron de contenido especial los principios de excepcionalidad y proporcionalidad, sino que se agravó la situación de los y las menores de edad, al poner, en el mismo plano su detención provisional respecto a la materia de adultos, al permitir un plazo de la detención igual o mayor en el derecho penal juvenil.

En este sentido, vemos cómo hay una inconciliabilidad de la jurisprudencia patria con la posición de la Corte, pues esta ha recalcado que resulta evidente que las condiciones en las que los niños participan en un proceso penal no son las mismas donde un adulto lo hace, y agrega que:

> *Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento* (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011, *párr. 4)*.

Por otro lado, la posición de la Corte ha dispuesto que si puede condicionarse la libertad pues, el numeral 7.5 de la Convención así lo prevé, pero, en todos los casos, y en especial, cuando se trata de personas menores de edad, la privación de libertad, como medida preventiva, debe ser utilizada únicamente como último recurso. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011, párr. 76).

Contrario a lo sostenido por el tribunal internacional, vemos básicamente cómo, en Costa Rica, la detención provisional se convierte en la regla pues, incluso, se acepta en materia de menores de edad en casos donde no tenga pena directa de cárcel[25].

---

24 En la "Relatoría sobre los derechos de la niñez" que la C.I.D.H presentó en el 2011, dijo al respecto: ***"En relación con los niños, el derecho internacional ha establecido claramente que debe existir un sistema excepcional y especializado de justicia juvenil, el cual debe respetar y garantizar a los niños todos los derechos reconocidos a las demás personas, y además debe brindarles la protección especial que merecen en razón de su edad y etapa de desarrollo. Así lo establece el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos […]".***

25 Así por ejemplo es común en la práctica de los procesos penales juveniles en Costa Rica que, se impongan medidas cautelares de detención provisional por delitos como amenazas agravadas, daños, desobediencias a la autoridad, agresión con armas, entre otros. Son tipos penales y, según el numeral 131 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, no se podría imponer de manera directa una sanción privativa de libertad.

Permitir la medida cautelar en materia de menores de edad aun en el caso donde no sea posible la imposición directa de una sanción de cárcel, en mi opinión implica una de las más claras violaciones al bloque de convencionalidad, pues, en sentido estricto, el tribunal internacional ya lo ha prohibido de manera tajante.

En el caso *López Álvarez vs. Honduras* del año 2006, la Corte dispuso que, en la imposición de una medida cautelar de prisión preventiva, debe tenerse en cuenta, entre otros principios, el de proporcionalidad de la pena, de forma tal que no se podrá aplicar esta medida cautelar cuando la pena prevista para el delito imputado no sea privativa de la libertad.

En sentido semejante, en el caso *Barreto Leiva vs. Venezuela,* también la Corte dispuso que

> *la prisión preventiva se halla limitada, asimismo, por el principio de proporcionalidad, en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada. El Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena. Esto quiere decir que no se debe autorizar la privación cautelar de la libertad,* ***en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena de prisión****, y que aquélla debe cesar cuando se ha excedido la duración razonable de dicha medida. El principio de proporcionalidad implica, además, una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción.* (Resaltado no corresponde al original).

Vale la pena agregar a lo anterior que, en el fallo de la Corte correspondiente al caso *Barreto Leiva vs. Venezuela,* la parte que figura como denunciante era una persona mayor de edad. Esto implica que el contenido de dicho pronunciamiento debe aplicarse con *"mayor intensidad y rigurosidad"* cuando se trata de materia penal juvenil, pues, según se ha indicado a lo largo de este ensayo, la medida debe cautelar en cuestión y debe tener una aplicación más restringida cuando se trata de menores de edad, en virtud de la ideología y la especialidad que el derecho penal juvenil reviste.

En este sentido, la Corte ha indicado que *"En el caso de privación de libertad de niños, la regla de la prisión preventiva se debe aplicar con mayor rigurosidad, ya que la norma debe ser la aplicación de medidas sustitutorias de la prisión preventiva (Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, 2004, párr. 130)".*

El tema de la duración excesiva de la detención provisional, incluso más allá del plazo ordinario y extraordinario autorizado por la Sala Constitucional es otro de los tratamientos inconvencionales que claramente, en mi juicio, sucede en Costa Rica por parte de los tribunales internos, por transgredir abiertamente el principio de proporcionalidad, contrariando, directamente, las recomendaciones tanto de la Comisión hacia los Estados partes –garantizar que sus sistemas de justicia juvenil aseguren el límite tanto en la determinación de la prisión preventiva como en cuanto a su duración– *(Castex, 2009, p. 286),* como las de la Corte que, en semejante forma, insta a los Estados a disponer métodos cautelares alternativos a la privación de la libertad para asegurar la comparecencia de los niños imputados y a cumplir con su obligación de sustituir estos métodos, por otros menos lesivos a medida que las circunstancias del caso lo ameriten (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011, *párr. 78).*

En relación con el plazo razonable de detención, el autor Sebastián Martínez indica que

Tratándose de una persona jurídicamente inocente, resulta una paradoja intolerable que se someta a un proceso o incluso, a un encierro por un periodo semejante al de una pena de efectivo cumplimiento por obra de la imposibilidad estatal de llevar adelante sus persecuciones en términos breves (Martínez, 2009, 286).

Concretamente la Corte, en reiterados fallos, como por ejemplo, en los casos *Suárez Rosero vs. Ecuador* de 1997 e *"Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay"* de 2004, ha señalado, con absoluta claridad, que la aplicación de la prisión preventiva debe tener un carácter excepcional, debe estar limitada por la presunción de inocencia, así como por los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, como límites insalvables y esenciales de su imposición *(Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, 2004, párr. 77)*.

También sobre este tema en hartos pronunciamientos, la Corte ha agregado que la duración excesiva de la prisión preventiva origina el riesgo de desnaturalizar la presunción de inocencia, convirtiendo a la medida cautelar en una verdadera pena anticipada *(Caso Acosta Calderón vs. Ecuador, 2005, párr. 75)*.

Concretamente, en materia de menores de edad, la Corte en el caso *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay* del 2004, refirió que la detención provisional debe estar a lo dispuesto en el numeral 7.5 de la Convención, lo que implica que no puede durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la persistencia de la causal que la justificó, lo cual implica que si no se cumple con estos requisitos, equivaldría a anticipar una pena sin sentencia *(También ver Caso Acosta Calderón vrs. Ecuador, 2005, párr. 229)*..

Además, el tribunal internacional recuerda en este fallo que, cuando sea procedente la medida cautelar en cuestión, debe aplicarse siempre durante el plazo más breve posible, de conformidad con el numeral 37.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño *(Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, 2004, párr. 229)*.

Sobre el tema de la duración y proporcionalidad de la detención, la Comisión se ha pronunciado en reiteradas ocasiones y entiende que la determinación legal de un plazo máximo es positiva cuando este es razonablemente breve. Ha agregado, también, que en el vencimiento de este plazo, no debería ser posible conceder prórrogas, y el niño debería ser puesto en libertad en forma inmediata. Considera, de igual manera, que la legislación debe contemplar sanciones y consecuencias para los operadores que incumplan estos plazos *(Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, 2004, párr. 83)*.

A pesar de ello, se puede observar hasta aquí que, en Costa Rica, no se cumple con ninguna de estas disposiciones y recomendaciones. Así por ejemplo, en caso del vencimiento del plazo de las detenciones provisionales, lejos de sancionar a los administradores de justicia, se traslada en negativo el cumplimiento de estos plazos a los derechos y garantías de los niños y las niñas que sufren la detención cautelar, aumentando, de manera indiscriminada, el plazo de la detención. Estos últimos aspectos son avalados y legitimados irónicamente por el guardián de la Constitución: la Sala Constitucional.

Así, con meridiana seguridad, se puede agregar que, según lo descrito hasta aquí, Costa Rica engrosa el conjunto de los países latinoamericanos que ha hecho surgir en la Comisión la preocupación mostrada en la *"Relatoría sobre los derechos de la niñez"* en el año 2011 por el uso no excepcional de la detención provisional, cuando se indicó que

> *[…] aunque la privación de libertad de niños, niñas y adolescentes debería ser utilizada como último recurso y durar el menor tiempo posible, el informe de la Comisión permite concluir que la prisión es la respuesta más común en la mayoría de los sistemas de justicia juvenil de las Américas, tanto antes del juicio como con posterioridad a la sentencia […]* (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011, *párr.76)*.

En virtud de lo indicado hasta aquí, puedo afirmar que, a mi juicio, definitivamente la interpretación y el contenido que la Corte y la C.I.D.H. han llevado a cabo sobre los principios de proporcionalidad y excepcionalidad y, en general, sobre la medida cautelar de detención provisional en materia de menores de edad son mucho más conformes al bloque de convencionalidad *(corpus juris)*, en relación con los criterios avalados por la Sala Constitucional de Costa Rica y los demás tribunales ordinarios sobre el mismo tema.

V. COLORARIO

Efectivamente la sombra de posiciones ideológicas contrarias al derecho penal liberal de la Ilustración ha ido ganado terreno en nuestro proceso penal. A lo largo de este ensayo, señalé cómo la jurisprudencia constitucional se ha convertido en un órgano legitimador de la doctrina de la extensión y expansión del derecho procesal penal en relación con el tema de la medida cautelar de detención provisional en materia penal juvenil, en clara contraposición con el bloque de convencionalidad.

Se mencionó que la Sala Constitucional trazó una línea jurisprudencial que marcó, tristemente de forma negativa, el tratamiento inconvencional de las medidas cautelares desde 1997, cuando aceptó, vía jurisprudencial, la ampliación del plazo de detención más allá del dispuesto por ley. Asimismo cuando en 1999 autorizó la detención sin condena en delitos en que la misma L.J.P.J no dispone, directamente, la imposición de una pena privativa de libertad, interpretaciones que, a lo largo de los años, ha venido en creciente desarrollo, limitando derechos y garantías constitucionales y convencionales de las personas menores de edad.

A mi juicio, tal y como sostuve a lo largo del presente trabajo, con su desarrollo jurisprudencial de contenido inconvencional, antidemocrático y siguiendo la línea de un derecho penal antiliberal, la Sala Constitucional ha servido de terreno fértil para el desarrollo de las *"modernas corrientes"* de derecho penal que predican, en su mayoría, el expansionismo penal y, consecuentemente, ha limitado directa e indirectamente, el bloque de convencionalidad sobre derechos humanos.

Sin embargo, ante el panorama tristemente oscuro que vivimos en la actualidad en el proceso penal costarricense, el control difuso de convencionalidad ciertamente, como advierte el título de este escrito, se convierte en una grata invitación, de corte garantista, que sin lugar a dudas puede servir como mecanismo eficiente para soslayar el tratamiento inconvencional que, en la actualidad, se le da a la detención provisional en penal juvenil en nuestro país.

Dicha herramienta pondrá en evidencia a los administradores de justicia (que en no pocas ocasiones ponen como excusas la naturaleza vinculante *erga omnes* de los "lineamientos de la jurisprudencia constitucional" para justificar decisiones abiertamente arbitrarias), pues, hoy en día, en virtud del mecanismo de control convencional, tales subterfugios han desaparecido, pues está en sus manos resolver conforme al bloque de convencionalidad, y no están sujetos necesariamente a lo que la Sala Constitucional disponga en materia de derechos humanos.

Así, resolver conforme al derecho liberal se torna hoy en día una cuestión de voluntad, una cuestión de conocimiento, una cuestión de respeto de los derechos humanos, pues la invitación de ser un *"guardián de corte liberal clásico de la Convención"* está hecha y lista para llevar a cabo una buena administración de justicia, apegada al bloque de convencionalidad, pues en palabras del juez Mac-Gregor en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* en el año 2010, el control de convencionalidad en el ámbito interno *"Convierte al juez nacional en internacional en el primer y auténtico guardián de la Convención Americana sobre Derechos Humanos"*.

Bibliografía

Libros:

ZAFFARONI (Eugenio Raúl). *En torno de la cuestión penal.* Buenos Aires-Argentina, editorial D d F. 2005, 154 p.

FELLER SCHLEYER (Claudio). *El derecho penal en la sociedad actual: un riesgo para las garantías penales.* Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso de Chile. Valparaíso-Chile, 2005, I semestre (XXXVI).

HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). *Instituciones de derecho público costarricense.* San José - Costa Rica, Editorial EUNED, 1993, Editorial EUNED., III edi, p. 225.

BREWER-CARÍAS A. (2012). *El control de convencionalidad, con particular referencia a la garantía del derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo de amparo de los derechos humanos.* El control de convencionalidad y su aplicación, (pp. 1-65). San José.

C.I.D.H, UNICEF. *Relatoría sobre los derechos de la niñez.* 2011.

CASTEX (Francisco). *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos.* El plazo razonable de la duración de la prisión preventiva desde la óptica de la CIDH. El caso "Peiranos", Buenos Aires –Argentina, Editorial Ad-Hoc, I ed. 2009.

LLOBET RODRÍGUEZ (Javier). *La prisión preventiva.* San José-Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, III edi., 2010, p. 390.

BURGOS MATA (Álvaro). *15 años de Justicia Penal Juvenil en Costa Rica: Lecciones Aprendidas.* San José-Costa Rica, DNI, 2011.

BURGOS MATA (Álvaro). *Manual de derecho penal juvenil.* San José-Costa Rica, I edi., Editorial Jurídica Continental, DNI, 2011

CASTILLOS Y OTROS: *Convención derechos humanos. Con jurisprudencia.* 2013, p. 215.

TIFFER SOTOMAYOR (Carlos) y otros. *Derecho penal juvenil.* San José-Costa Rica, II edición, Editorial Jurídica Continental, 2014, p. 650.

Fuentes normativas nacionales e internacionales:

Nacionales:

Constitución Política de Costa Rica de la República de Costa Rica, del 7 noviembre de 1949.
Ley "Reformas Ley N.° 7594, Código Procesal Penal, Ley N.° 7576. **Ley de Justicia Penal Juvenil**, Ley N.° 8460 **Ley de Ejecución de Sentencias Penales Juveniles**, Ley N.° 7333 **Ley Orgánica del Poder Judicial y adición al Código Procesal Penal**, N.° 9021 del 03 de enero de 2012.
Ley de creación del recurso de apelación de la sentencia, otras reformas al régimen de impugnación e implementación de nuevas reglas de oralidad en el proceso penal, N.° 8837 del 3 de mayo de 2010.

Ley de Justicia Penal Juvenil, N.º 7576 de 1996.
Ley de la Jurisdicción Constitucional N.º 7128 del 15 de junio de 1989.
Ley Orgánica del Poder Judicial N.° 7333.

Internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1948.
Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, Ley N.º 8212 del 1 de 11 de 2007.
La Convención sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989.
Reglas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad, del 14 de diciembre de 1990.
Reglas de Tokio, adoptadas el 14 de diciembre de 1990 por resolución de la Asamblea General de la ONU, número 45/110.
Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores conocidas como "Reglas de Beijing," de 1985.

Resoluciones judiciales

De la C.I.D.H.

Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala del 25/11/2003.
Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay del 02/09/2004.
Caso Tibi vs. Ecuador del 07/09/2004.
Caso Acosta Calderón vs. Ecuador del 24/06/2005.
Caso López Álvarez vs. Honduras del 01/02/2006.
Caso Almonacid Arellano vs. Chile del 26/09/2006.
Caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú 24/11/2006.
Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador del 21/11/2007.
Caso Barreto Leiva vs. Venezuela del 17/11/2009.
Cabrera García y Montiel Flores vs. México del 16/11/2010.
Caso Gelman vs. Uruguay del 24/02/2011.

De la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia n.° 3035-96.
Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia n.° 2005-7227.
Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia n.° 2006-470.
Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia n.° 15211-2009.
Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia n.° 017558-2010.
Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia n.° 4037-2010.
Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia n.° 14950-2011.
Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia n.° 8210-1997.

Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia n.° 4266-2002.
Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia n.° 4836-1999.
Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia n.° 0171-1997.
Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia n.° 19962-2010.
Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia n.° 13102-2007.
Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia n.° 10500-2012.
Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia n.° 3614-1999.
Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia n.° 02743-1999.
Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia n.° 1185-1995.
Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia n.° 2000-07484.

Tribunal de Casación Penal

Tribunal de Casación de San José, voto n.° 0216-2011 de las 11 horas 30 minutos del 17 de febrero de 2011.
Tribunal de Casación Penal voto n.° 2010-1497 del Segundo Circuito Judicial de San José de las once horas con cuarenta y cinco minutos del veintiuno de diciembre de dos mil.

LA JUSTICIA EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO DEMOCRÁTICO

NOTAS INTRODUCTORIAS PARA CONCEPTUALIZAR LA JUSTICIA EN EL ESTADO DE DERECHO ACTUAL

Luis Fernando Solano Carrera[26]

1. JUSTICIA DEMOCRÁTICA PARA LA SOCIEDAD DE HOY

En el presente trabajo, se formulan algunas ideas acerca de lo que podría denominarse Introducción al curso sobre Políticas Judiciales de Atención al Ciudadano, promovido por el Programa EUROsociAL-Justicia en el 2008[27]. En su momento, tuvo como propósito servir de marco ideológico a lo que sería el desarrollo de las otras unidades de que se compone este curso.

Revisé el curso y, consecuentemente, le realicé ligeros cambios, a fin de perfilar más precisamente su propia autonomía, para que entonces pueda ser publicado en forma independiente del texto total al que pertenece, convencido como sigo, de que muchos aspectos relacionados con el servicio de la justicia deben ser parte de la agenda de acción y reflexión en la sociedad de estos días, máxime en el caso de Costa Rica, "país de derecho", según el eximio poeta Rubén Darío lo expresó asombrado en aquellos primeros años del siglo XX, cuando convivió entre nosotros.

Pero, para poder hablar sobre lo que ha de entenderse por justicia democrática o justicia en democracia, parece necesario empezar por la base de lo que entendemos por democracia y Estado de derecho, conceptos íntimamente relacionados y que se complementan uno a otro.

A partir de allí, trataremos de ir articulando los temas básicos en el estudio de la justicia como función esencial del Estado.

1.1. El Estado democrático

El concepto de democracia, que podríamos llamar clásico, es aquel que marca un énfasis en la celebración periódica de elecciones para designar las autoridades públicas que ejerzan el gobierno (o algunas ramas del gobierno) de la sociedad. Es lo que algunos denominan modelo procesal de democracia, el cual considera como básicos los procesos de elección y sustitución de autoridades, pues es de aquí de donde estas derivan su legitimidad, al provenir su escogencia del pueblo, titular de la soberanía.

Esta visión de la democracia formal, concepto clásico, pero no por ello archivable o desechable, ni mucho menos[28], limita su vigencia a la realización periódica de elecciones y resulta insuficiente para llenar las expectativas que se tienen actualmente sobre lo que debe ser un Estado democrático o un Estado de derecho.

---

26 Magistrado jubilado. Actualmente es vicepresidente del Instituto Costarricense de Derecho Constitucional; director del Centro de Estudios y Formación Constitucional de Centroamérica y el Caribe; secretario de la Academia Costarricense de Derecho y miembro del Consejo de Notables del Poder Judicial de Costa Rica.

27 Este documento es parte del Proyecto EUROsociAL 4.06, para cuya publicación obtuve la anuencia correspondiente, dado que hasta esta fecha el trabajo no había sido divulgado. En algunos pasajes, queda claro que no fue escrito con el propósito de referirse a Costa Rica, sino para diversos ámbitos de nuestro entorno. Este capítulo estuvo a mi cargo como coordinador del grupo, pero otros capítulos del documento general contaron con la participación de especialistas españoles como son Almudena Lastra de Inés, Raquel Blázquez Martín, Cruz del Valle Pintos y Juan Carlos Reguera Cardiel.

28 En ese sentido, ver HUBER Ernst Rudolf. *Estado de derecho y Estado social en la moderna sociedad industrial*. En *Panorama de Filosofía Política. Antología de Contribuciones Alemanas*. Fundación Konrad Adenauer, México, D.F., s/f, p. 187, quien llama la atención sobre el peligro de hablar de conceptos clásicos, como si fueran piezas de museo o fantasmas, cuando a lo mejor el error está en un enfoque limitado que se hace a un concepto.

Los estudios, las investigaciones y hasta las encuestas son numerosos, los cuales evidencian la necesidad de avanzar de un modelo de democracia meramente política; es decir, la que satisface un estándar mínimo de renovación periódica de los poderes públicos, a otra, cualitativamente superior, en que se profundice en la vertiente del acceso de las personas a los servicios públicos.

Un experto reconocido en derechos humanos, como Juan Méndez, encabezando un estudio sobre el acceso a la justicia en siete países de América Latina, sostiene que, a raíz de los años ochenta, se había iniciado un retorno a la democracia, en "muchos de nuestros países" luego de un período de fuertes dictaduras que gobernaron por muchos años. Y agrega algo importante:

> Este inicio democratizador alentó esperanzas en cuanto a perspectivas del mejoramiento del nivel y condiciones de vida, pero estrictamente, se caracterizó por ser el inicio de un período de explosión de la democracia electoral, en el cual la celebración de elecciones es el eje fundamental, más que la profundización de la democracia en sus aspectos sociales y participativos[29].

Otras y más recientes investigaciones ponen el énfasis en este salto cualitativo, y así lo encontramos en el *Segundo informe sobre el desarrollo humano en Centroamérica y Panamá*, el cual analiza el estado de situación de los países del área desde el ángulo de una democracia más inclusiva, la cual obviamente comprende, pero excede el elemento político-electoral. Esta modalidad democrática hace alusión, al menos a tres componentes, como se desprende del indicado estudio, el cual señala que hoy en día para los ciudadanos la democracia es una idea más inclusiva y comprende:

En primer término, "un sistema para elegir a los gobernantes que desarrolla formas de representación política responsable de los intereses ciudadanos.

En segundo lugar, "un modo de convivencia entre las personas, capaz de garantizar un mínimo de oportunidades y capacidades para ejercer los derechos ciudadanos".

Y, como tercer elemento, en lo que más nos interesa para este documento, se hace referencia a *"un modo de organizar las instituciones del Estado y sus relaciones con la sociedad, basado en el reconocimiento de la dignidad de las personas, la protección de los derechos civiles y políticos y la rendición de cuentas de los funcionarios públicos"*[30]. (La cursiva no pertenece al original).

En un estudio para Costa Rica que ya de por sí nos alertaría acerca de cuál es el estado del pensamiento sociopolítico de hoy, se llega a afirmaciones mucho más contundentes, y en ese sentido, los expertos que participan en él indican:

> Los viejos sectores dirigentes han olvidado que la democracia es más que elecciones cada cuatro años y han postergado la discusión y el diseño de mecanismos de inclusión política que permitan mayores grados de participación ciudadana durante los períodos interelectorales […][31].

Tenemos entonces que al concepto democrático eminentemente "procesal", formal, de elección periódica de los principales cargos públicos, ya de por sí enriquecido en relación con su versión originaria, por decirlo de alguna manera, se le han incorporado dos elementos que se convierten en claves para el funcionamiento de todo el sistema, como son la vigencia y la plena eficacia de los derechos fundamentales (derechos humanos), los cuales son un fin esencial de cualquier orden político, así como la garantía del control

29 *Acceso a la Justicia y equidad. Estudio en siete países de América Latina*. Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Perú y República Dominicana. Banco Interamericano de Desarrollo, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, 2000, p. 15.

30 *Segundo informe sobre desarrollo humano en Centroamérica y Panamá. Proyecto Estado de la Región,* Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Editorama S. A., San José, 2003, p. 238.

31 *Desafíos de la Democracia: una propuesta para Costa Rica. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo* (PNUD) y Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), San José, s/f (posterior al año 2000), p. 13.

del poder, a través de un adecuado reparto de los poderes públicos, en donde unos ejercen control de otros, a modo de lo que clásicamente también se ha denominado sistema de "pesos y contrapesos"[32].

Dentro de un esquema democrático incluyente y participativo, también hay que dar por descontada la existencia de dos ***"a prioris"***.

En primer lugar, la existencia de una Constitución que está en la cúspide del ordenamiento jurídico y que recoge los valores y los principios superiores de una determinada sociedad, de modo que sus mandatos se convierten en los parámetros o criterios con que se mide la validez de los actos y de todo el quehacer de las autoridades públicas y hasta de los sujetos privados.

Hay que asumirlo así, por el carácter eminentemente democrático de la Constitución, línea dentro de la cual ha expresado una importante sentencia constitucional costarricense:

> hay un principio esencialmente vinculado al concepto democrático de Constitución, según el cual ésta no es un mero programa de gobierno, ni una mera toma ideológica de posición, sino un cuerpo de normas, principios y valores fundamentales, por cuyo cauce debe correr toda la vida de la sociedad, nacidos de un consenso lo más cercano a la unanimidad posible; normas, principios y valores que, por su mismo carácter de fundamentales, no deben estar sujetos a constantes modificaciones ni, mucho menos, al vaivén de mayorías parlamentarias transitorias [...][33].

En segundo lugar, un concepto amplio e inclusivo de democracia también exige la existencia de jueces y tribunales independientes e imparciales, con capacidad para garantizar la supremacía de la Constitución, a la vez que garantes de la eficacia de los derechos fundamentales (humanos).

Hay que tener claro y dar por entendido, eso sí, que a fuerza de expandir el concepto de democracia, incorporándole toda una gama de exigencias o de requisitos sustanciales, para que la hagan reconocible en este ya bien iniciado siglo XXI, también alcanzaremos un perfil actualizado de lo que constituye el Estado de derecho.

Este último concepto actualizado no es ya, ni puede ser aquel propio de sus primeros tiempos (en el primer constitucionalismo del siglo XIX), un esquema en el que se trata de limitar el poder del gobernante a través de someterlo a la ley, ya que no basta con afirmar el imperio de la ley, en tanto que, desde esa perspectiva, todos los países serían Estados de derecho, como García Morillo señala[34]. Ese primer paso de someter al gobernante a la ley fue importante, puesto que la ley proviene de los representantes del pueblo, y este es el nuevo "soberano" en la lucha que finalmente se ganó contra el absolutismo monárquico.

Pero se requiere, además, según dicho autor, que la ley sea expresión de la voluntad popular, libremente expresada, por medio de representantes legítimamente electos para ello; que se respeten los derechos fundamentales de la ciudadanía, a la vez que existan distintos poderes públicos y el ejercicio del control por un poder independiente, el judicial, sobre los actos de los gobernantes para comprobar que se ajustan a la ley.

Ahora bien, no es el propósito de este documento quedar inmerso en hondas disquisiciones doctrinarias, sabiendo que en la teoría política, en la filosofía o en la teoría del Estado, en general, hay opiniones y doctrinas para diferentes gustos y épocas. A manera de ejemplo, ideas como las que venimos exponiendo y que estimamos razonables pueden encontrar reparos.

---

32 Puede verse un desarrollo de estos aspectos en BREWER-CARÍAS Allan R. *Nuevas consideraciones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado democrático de derecho.* Documento presentado al Ier Encuentro de Presidentes de Cortes y Tribunales Constitucionales de Centroamérica y República Dominicana, San José, febrero de 2006.

33 Sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica, número 1991/0720, del 16 de abril de 1991.

34 GARCÍA MORILLO Joaquín. *La democracia en España*. Alianza Editorial, Madrid, 1996, p. 34.

Al efecto, vale mencionar un debate de grueso calibre intelectual entre Luigi Ferrajoli y otros iusfilósofos, en el cual nos topamos con una argumentación contra la identificación de los derechos fundamentales con la dimensión sustancial de la democracia. Allí se niega razón al hecho de **"vincular teóricamente la idea de democracia, que es sobre todo un método, un procedimiento de decisión, a los derechos fundamentales que, por el contrario, expresan más bien un resultado, un contenido determinado"[35].**

No obstante, he querido iniciar estas notas introductorias adoptando un concepto extendido de democracia que, indicamos, llega a asemejarse al de Estado de derecho, tal como hoy se entiende, es decir, un Estado constitucional y democrático de derecho, sustituyendo, del mismo modo, la otra denominación que también se usó en la antigua situación de cosas, el "Estado legal de derecho".

Se deja constancia, eso sí, de que hay autores que consideran estos dos conceptos, "democracia" y "Estado de derecho", como totalmente equiparables o sinónimos, tal el caso de Gerardo Trejos y Hubert May[36].

En cambio, la Carta Democrática Interamericana, un documento de última generación adoptado por la Organización de Estados Americanos[37], nos manifiesta que **"El ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos [...]" (artículo 2)**.

Leemos allí que "es el elemento básico", pero, obvio, no el único, lo cual posiblemente es reflejo de que, en ocasiones, por alcanzar consenso en materias tan esenciales en la vida de nuestras sociedades, en las discusiones previas se van incorporando ideas y diversos elementos conceptuales para obtener otro que, sin separarse del todo de lo que se pretendía en sus orígenes, complazca diferentes posiciones posibles sobre un tema. Esto es particularmente cierto, tratándose de documentos que deben ser aprobados en amplios foros en el ámbito internacional, donde convergen las visiones ideológicas de una gran diversidad de Estados.

Hemos dejado constando en nuestro planteamiento que entre las leyes, la primera y suprema es la Constitución del Estado, lo cual históricamente no siempre ha sido así, al punto de que como una clara herencia revolucionaria francesa, al menos en todo el siglo XIX, las fuentes del derecho iniciaban con la ley (a secas), reservándose a la Constitución un papel de ordenación meramente política y no necesariamente jurídica, cuestión sobre la que se ha avanzado, pero no siempre lo rápido como fuera deseable[38].

Según el profesor Pérez Royo nos refiere, basándose en Bartolomé Clavero:

> **la Constitución ha sido desde sus mismos orígenes el punto de partida político del ordenamiento jurídico. Pero una vez que lo posibilitaba, la Constitución quedaba fuera del ordenamiento, permanecía al margen del mismo. La Constitución no se convertía ella misma en norma jurídica, en un elemento propio del ordenamiento, sino que permanecía como premisa política, fuera del ámbito jurídico, que no comenzaba con la Constitución sino con la Ley. La enumeración de las fuentes del derecho en el Título Preliminar del Código Civil así lo resaltaba con toda claridad. No sólo quedaba esta materia típicamente constitucional fuera de la Constitución, sino que, además ella misma no era siquiera mencionada como fuente del derecho, porque no lo era [...][39].**

---

35 DE CABO Antonio y PISARELLO Gerardo. En *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. *Luigi Ferrajoli en debate*. Editorial Trotta, Madrid, 2001, p. 14.

36 Vid. TREJOS Gerardo y MAY Hubert. *Constitución y democracia costarricense*. Editorial Juricentro, San José, p. 29, quienes simplemente afirman: "Modernamente se entiende la democracia como sinónimo de Estado de Derecho". Según expusimos, los autores del curso, con matices, hemos llegado a conclusión similar.

37 Aprobada en la primera sesión plenaria, el 11 de septiembre de 2001.

38 Lo cual tampoco fue así, sino hasta entrado el siglo XX, donde definitivamente se le reconoce a la Constitución no solo ser ley suprema, sino también parámetro para la formación de otras leyes y para enjuiciar su legitimidad material y la del ordenamiento jurídico en su conjunto.

39 PÉREZ ROYO, Javier. *Del derecho político al derecho constitucional: las garantías constitucionales*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, n° 12, Madrid, 1992, p. 234.

De todas maneras, con ello no se señala algo que ya no sepamos, pues en la historia de las ideas políticas y jurídicas ha habido marchas y contramarchas, avances y retrocesos. Nada ha sido un continuo pacífico.

1.2. Justicia en democracia

Para los fines de este apartado, agreguemos que, afortunadamente, hoy está bien asumidos el valor de norma y la norma suprema de la Constitución por los Estados y las mismas sociedades. La supremacía de la Constitución deviene de su valor esencialmente democrático, ya que emana directamente del pueblo. En esas condiciones, los jueces y las juezas son, en primer lugar, jueces y juezas de la Constitución y, por tanto, están sujetos a sus normas, sus principios y sus valores.

Una primera conclusión es que, desde este punto de vista, los jueces y las juezas cumplen un rol democrático, al constituirse en garantes de la supremacía del orden constitucional. Y sin hacer distinciones entre "justicia ordinaria" y "justicia constitucional", porque a pesar de que esta última (cortes, salas o tribunales constitucionales) tiene competencias en materia de ciertos conflictos o procesos de relevancia constitucional, la llamada justicia ordinaria cumple esencialmente un papel de ser la tutela de la tutela jurídica que el Estado ofrece a través del ordenamiento como un todo.

De esta forma, todos los jueces, las juezas y los tribunales tienen el deber de ofrecer **"tutela judicial efectiva"** en los términos del artículo 24.1 de la Constitución española; **"**tutela jurídica", según la nomenclatura del artículo 24 de la Constitución Italiana. Y en este ámbito de otorgar tutela, se ha hecho necesario ir incorporando como normativa de carácter superior, a la normativa convencional, por lo que poco a poco se les ha ido reconociendo, particularmente a los instrumentos internacionales de derechos humanos en los ordenamientos jurídicos nacionales, un rango jerárquico calificado y usualmente con carácter de aplicación directa, como lo es en muchos de los países latinoamericanos, tal es el caso de Costa Rica, Guatemala, Nicaragua, El Salvador, Perú, Argentina, entre otros**.**

En el caso de Costa Rica, la jurisprudencia constitucional ha establecido que, a la luz de lo que el artículo 48 de la Constitución dispone, cuando una norma de derechos humanos sea más favorable para la persona, prima por sobre la Constitución, obligando al operador del derecho, muy particularmente al juez a aplicarla, todo de conformidad con el principio *pro homine y lex favorabile*. No se trata de una derogación, pero como se ve, en la práctica, la norma de derechos humanos desplaza a la constitucional, al momento de la decisión jurisdiccional[40].

Así resulta interesante que la Constitución de la República bolivariana de Venezuela hable en estos casos de "aplicación preferente".

En la República de Guatemala, lo que afirmamos líneas atrás es compartido por exmagistrados constitucionales, como es el caso del Dr. Rodolfo Rohrmoser, que le da una interpretación plena al artículo 46 constitucional, que es "norma especial", indica, al darles preeminencia a los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos sobre el derecho interno.

No obstante, la Corte de constitucionalidad guatemalteca matiza lo anterior "a la baja" cuando indica que esos instrumentos de derechos humanos **no son parámetros para establecer la constitucionalidad de una ley o una norma, pues si bien es cierto el artículo 46 de la Constitución le otorga preeminencia a esos cuerpos normativos sobre el derecho interno, lo único que hace es establecer que en la eventualidad de que una norma ordinaria de ese orden entre en conflicto con una o varias normas contenidas en un tratado o convención internacional, prevalecerán estas últimas; pero ello no significa, como se dijo, que las mismas puedan utilizarse como parámetros de constitucionalidad[41].**

---

40 Vid. entre otras, la sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica, n.° 1995/2313, del 9 de mayo de 1995.

41 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala del 12 de marzo de 1997 (expediente número 131-95) citada por Flores Juárez Juan Francisco en "Constitución y Justicia Constitucional. Apuntamientos". Corte de Constitucionalidad, Guatemala, 2005, pp. 77 y s.

En el caso de España, la propia Constitución marca un camino de acción apocado, en tanto

prescribe que

> **Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España[42].**

En la República de El Salvador, se sigue un criterio que también tiende a disminuir el valor normativo de los instrumentos internacionales de derechos humanos, en tanto se remite cualquier reclamo sobre su violación a la sede ordinaria. La Sala de lo Constitucional de ese país indica que

> **en sede constitucional (los instrumentos de Derechos Humanos) únicamente pueden tener un soporte referencial de la infracción constitucional ya que estos no son parámetro de control de constitucionalidad, pues no integran materialmente la Constitución, ni forman con ella un bloque de constitucionalidad[43].**

En esas condiciones, la justicia emerge, pues sin la garantía de un sistema judicial, con jueces y juezas independientes e imparciales, no es posible entender la democracia. Sin justicia no hay democracia ni tampoco Estado de derecho, como señalamos al inicio.

De tal manera, uno de los roles más importantes de jueces, juezas y tribunales es controlar el poder, lo que en la práctica significa **"someter el poder a la Constitución"**, incluso cuando eso signifique someter a los representantes de las mayorías políticas a la supremacía de la Constitución[44].

Pero este fenómeno tampoco nace recientemente. Puede decirse que es una aspiración que la humanidad ha alentado a través de su evolución, en esa tensión que de tiempo inmemorial se ha dado entre libertad y autoridad y en lo que el constitucionalismo inglés ha sido tan determinante[45].

Si nos retrotraemos hasta el año 1215, con la Magna Charta, veremos que en realidad contiene una serie de garantías judiciales y que es el origen de lo que luego se conoció como esa súper garantía que hoy denominamos "debido proceso legal": *legem terrae* en la versión latina original de la Carta, o *the law of the land* en las primeras versiones al inglés, hasta finalmente derivar al término *due process of law*, en un desarrollo que aunque no haya sido lineal, al menos sí es consistente, pues pasó de ser un documento de garantías para un grupo bastante reducido -cierta nobleza y algún estamento alto de la sociedad-, hasta ostentar máximo grado de universalidad y cubrir a todas las personas, como hoy lo entendemos[46].

---

42 Artículo 10.2 de la Constitución española.

43 Sentencia de amparo de la Sala de lo Constitucional de 4 de abril de 2001 (ref. 348/1999).

44 HOYOS Arturo. *El papel del juez constitucional en el Estado de derecho*. En Revista del IV Congreso Panameño de Derecho Procesal, Panamá, 2007, p. 16.

45 Como también se ha indicado, "nuestra historia política ha estado animada por dos profundos impulsos: el ansia de poder y la pasión por la libertad". Hernández Rubén. *Introducción al derecho procesal constitucional*. Biblioteca Porrúa de Derecho Constitucional", México, 2005, p. 1.

46 La sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica n.º 1739-92 (popularmente conocida como "la sentencia del debido proceso" y que tiene un alto contenido académico) se refiere incluso de la primera Carta otorgada por un monarca inglés, la "Carta de las Libertades", otorgada por Enrique I, en el año 1100, con motivo de su ascenso al trono, por lo que también es conocida como "Carta de la Coronación". Esto no es extraño, porque sabemos que a partir seguramente de aquellos primeros tiempos, la nobleza obligaba a cada nuevo monarca a otorgar una "carta" que garantizara sus derechos, e incluso, hubo monarcas que tuvieron que emitir la Carta cada vez que se presentaba una crisis –de Estado se diría hoy-. Tal como ha llegado a nuestros días, la Carta Magna sufrió sucesivas emisiones, de manera que de camino sufrió algunos cambios aunque no significativos.

Por eso, cuando abiertamente hoy se afirma que la democracia debe reunir una serie de nuevas cualidades, como la de ser inclusiva o participativa, no podemos menos que convenir en que de allí podemos extraer una clara alusión a la justicia, porque calza con las expectativas que se tienen sobre la prestación de esa función esencial en el actual Estado constitucional y democrático de derecho.

Y eso, porque en el pasado, la justicia no se ha comportado conforme a esas exigencias, y han señalado como ausentes a los jueces, las juezas y a los sistemas judiciales, de espaldas a las necesidades de las personas, más bien defensores o estandartes del *statu quo*[47].

Por eso, en algún momento, he afirmado la existencia de un **"déficit"** de justicia, y he insistido en la necesidad de que los sistemas judiciales evolucionen, abandonen prácticas que le atraen magros resultados y mala imagen, en suma, una baja consideración a los ojos de las personas[48].

En la exposición de motivos para la promoción del proyecto de ley sobre el "Estatuto de la Justicia y Derechos de las Personas Usuarias del Sistema Judicial", en Costa Rica, también afirmado:

> **Incluso, asumimos hoy, y pacíficamente, la necesidad de que el Poder Judicial se adecue a la demanda de apertura y sensibilidad en relación con las expectativas y deseos expresados por diversos sectores y algunos agentes sociales, así como que adapte su tradicionales métodos de trabajo y actitudes a esas nuevas y sentidas necesidades. Deben quedar atrás el hermetismo en forma definitiva, el mutismo, el autismo, el secretismo y otros "ismos" de igual tono, que tradicionalmente ha mostrado el sistema judicial y quienes lo componen, poco propensos a trabajar de frente a las personas, a dar cuenta de sus actos, etc, para dar paso a un estilo de trabajo en donde se tenga como eje una cultura del servicio, en la que la dignidad y los derechos de las personas que acuden en demanda de justicia sean protegidos, y en donde la inmediación y la transparencia en todas las actuaciones, sea lo esencial, a fin de que se realice la justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes, como manda nuestro texto constitucional y que –más modernamente– podemos traducir como un derecho de las personas a la "tutela judicial efectiva". O tutela judicial plena […][49].**

En ese sentido, también hemos hablado y oído hablar de que llegó "la hora de la justicia"; esto es, el momento que se esperaba en que la justicia se torne accesible, comprensible, transparente, oportuna, de calidad.

Tanto es real que ha existido aquel déficit de justicia que, con motivo del cambio de milenio, en el 2000, se preguntó a un escritor chileno: "-¿En tu opinión, qué debería suceder para que la humanidad entre feliz al tercer milenio?". Y este sin pensarlo demasiado respondió:

> **"Una hecatombe de justicia".**

Esto, que a primera vista luce como una exageración, creo que deliberadamente dicho, pone de manifiesto, en forma cruda, cuáles han sido el sentimiento, la sensación de desamparo que el ciudadano común y corriente ha tenido y aún tiene, en relación con la forma en que jueces y sistemas judiciales han funcionado y que, en cierta medida aún funcionan[50].

47 Nos adherimos a la denominación de "sistema judicial" que BINDER Alberto y OBANDO Jorge adoptan en su obra *De las repúblicas aéreas al Estado de derecho*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 49, y como indican ellos, tiene la misma amplitud de "sector justicia" (otra denominación usual en la literatura jurídica), y sirve para destacar no solamente el conjunto de instituciones, personas, prácticas y discursos vinculados a lo judicial, sino también a la interrelación dinámica que existe entre ellos, y deja espacio para seguir considerando (si es necesario) el carácter central de "lo judicial" dentro del sistema.

48 Vid. SOLANO CARRERA Luis F. *Los jueces y la reforma de la justicia. (Notas para propiciar la discusión).* Poder Judicial de Costa Rica, San José, 2003.

49 Actualmente, este proyecto de ley se encuentra en la corriente legislativa (Comisión de Asuntos Jurídicos), bajo el expediente n.° 15.736. La exposición de motivos estuvo a mi cargo, como impulsor que fui de la idea de compendiar en un documento *ad hoc*, reglas y principios que se recogen en otros instrumentos tipo para el ejercicio correcto de la función jurisdiccional en un Estado de derecho como el que hoy por hoy nos toca impulsar y perfeccionar.

50 La respuesta fue de Pedro Lemebel, en una entrevista-coloquio que, en la televisión de Chile, el consumado novelista Antonio Skármeta le realizó en abril del 2000, a propósito del cambio del milenio.

En el escenario de la Europa, aún recientemente, no puede decirse que el panorama es mejor. En España, por ejemplo, el propio Consejo General del Poder Judicial reconoce que **"existe en la sociedad un extendido estado de opinión que refleja una profunda insatisfacción con el funcionamiento de la administración de justicia, y que afecta o puede afectar muy negativamente, a la confianza del pueblo español en ella"[51].**

Es posible que lo que en el ayer lejano sucedía quedara un tanto oculto, no traía movimientos de ningún tipo, con base en las condiciones de la sociedad que teníamos, poco transparente en términos generales.

Sin embargo, el panorama social de nuestros días es muy diferente. La sociedad cuenta con más herramientas para reclamar y plantear sus demandas en muchos campos; pero particularmente en el campo judicial. En la democracia actual hay un régimen abierto de opinión pública y nada que pase, social o institucionalmente queda oculto. El sistema político, evidentemente, ha ido evolucionando, y hay más espacios para la discusión pública de temas esenciales para la vida en común, de manera que ya el papel de los jueces, las juezas y la justicia pasa por los mismos procedimientos de escrutinio, como los de cualquier otra función o cualesquiera otros funcionarios del Estado.

En este aspecto, debe reconocerse que la prensa desempeña un papel importante, ya no solo con la cobertura de la noticia judicial cotidiana, sino a través de investigaciones *ad hoc* sobre algunos temas o causas judiciales de trascendencia social.

Seguramente los jueces, las juezas y los sistemas judiciales deberían aprender a convivir con esas nuevas condiciones y a interactuar de una manera más razonable. Y seguramente sea lo más conveniente hacer pasar a representantes calificados de ambas profesiones, por sesiones de trabajo –al modo de talleres–, donde cada una se familiarice con el trabajo de la otra, se conozca y si pudiera decirse, se llegue a respetar en los importantes papeles que desempeña.

Tener esto claro resulta clave, porque pese a las quejas que ligeramente hemos reseñado, también es evidente que los poderes judiciales siguen siendo la última esperanza del ciudadano para la defensa de sus derechos y para la preservación de los principios de la democracia.

Los jueces y las juezas son la primera trinchera en la protección de los derechos de las personas, **"el ámbito natural y primario para la defensa de los derechos fundamentales"**, como Perfecto Andrés Ibáñez lo señala[52].

Pero como César Barrientos reconoce:

> **[…] en los esfuerzos de construcción de un Estado de derecho, uno de los vacíos principales ha sido el provocado por la inexistencia de sólidos poderes judiciales. La escasa experiencia sobre la vida en el marco de legalidad y ausencia de controles efectivos ha provocado que los avances en materia política, económica y social, no hayan estado acompañados de medidas de fortalecimiento del Poder Judicial […][53].**

Esa "ausencia", ese distanciamiento de los jueces, las juezas y la justicia con los destinatarios, con las personas usuarias del sistema, viene de una consideración devaluada que se fue consolidando con el paso del tiempo y que, entre otros, tiene a nuestro modo de ver un origen poderoso, y es ni más ni menos que el pensamiento de los revolucionarios franceses inspirados en los hechos de la realidad que tuvieron ante sí, como fue una judicatura aristocrática y sometida directamente al monarca absoluto, una judicatura, pues, que no merecía confianza y menos, respeto. Eso, unido a un principio básico en la lucha contra la monarquía, como

---

51 Vid. *Libro blanco de la Justicia.* Madrid, 1997. Hace esta afirmación desde la introducción misma del documento de 323 pp.

52 Cit. por DÍEZ-PICASO Luis. *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*. Universidad Complutense de Madrid-Editorial Civitas, 1991, p. 290.

53 BARRIENTOS PELLECER César. *Los poderes judiciales. Talón de Aquiles de la democracia.* Magna Terra Editores, Guatemala, 1996, p. 38.

el de la soberanía del Parlamento y su producto la ley, a la que todos, incluyendo a los jueces, debían obedecer sin ningún tipo de criticismo, ha gravitado en la propia visión del papel de los jueces[54].

Pero eso, por las exigencias de nuestro tiempo, ha venido cambiando y deberá cambiar aún más, pues la sociedad continúa exigiendo mejores respuestas a sus demandas.

> **Cristina García Pascual señala, esquemáticamente, las razones que llevaron a la devaluación de la función judicial en el esquema de la división de poderes: a) la aparición de los códigos que conllevan el establecimiento de rígidas reglas para la actividad interpretativa; b) el afianzamiento de las categorías dogmáticas de la doctrina; c) la sustracción de la actividad administrativa de la jurisdicción ordinaria; d) en definitiva, la inclusión del poder judicial en el ámbito de control del poder ejecutivo […][55].**

La situación de hoy es que, especialmente a los ojos de nuestras Constituciones Políticas, no puede haber Estado de derecho sin justicia, ni siquiera democracia sin justicia, pues todos estos conceptos se implican y complementan, de modo que es posible conjugarlos de muchas maneras, según las aproximaciones desde las que se realice el análisis. Solo así se explica, por ejemplo, el reclamo que expresara Barbel Böley -*urbe et orbi*- luego de la reunificación alemana, ante lo que él consideró insuficiencia en la investigación y castigo de los atropellos a los derechos humanos acaecidos durante el régimen de la llamada Alemania Oriental:

> **"Nos prometieron la justicia, pero nos dieron el Estado de derecho"**

De lo cual debemos entender que ese concepto básico para un adecuado funcionamiento de la sociedad políticamente organizada, requiere unos elementos materiales o unos contenidos que tienen que ver con valores y principios superiores[56].

1.3. Constitución y Justicia

Poder Judicial y función jurisdiccional

La Constitución le atribuye potestades (competencias) a cada uno de los órganos fundamentales para la realización de un fin determinado. Ese fin, junto a las potestades con que se dota al órgano para que lo cumpla, es lo que denominamos función. La función jurisdiccional está al servicio de un fin público esencial, como es la Justicia. Además, un fin es público en la medida en que el Estado lo asume para la satisfacción de una necesidad de las personas (bien común). De principio, esto resulta fundamental para el enfoque de nuestra materia[57].

Asumimos que la Constitución Política del Estado da cobijo y expresa las aspiraciones y metas de una sociedad determinada, refleja unos valores y unos principios que exigen y merecen, como Tercio Sampaio indica, una aplicación e interpretación legitimadora (que la potencie), nunca una de bloqueo (que la minimice). Pero resulta obvio, dado que la Constitución atribuye y distribuye funciones y competencias (división de poderes), a la vez que reconoce derechos, que viene acompañada de garantías, entre ellas la del control del poder, y aquí básicamente el control jurisdiccional a cargo de jueces, juezas y tribunales independientes, pero que actúen de conformidad con lo que podríamos denominar el *telos* constitucional.

---

54 En el centro de esta consideración de los jueces, por supuesto, estuvo la influencia del barón de la Brede y de Montesquieu, Charles de Secondat, para quien eran "la boca que pronuncia las palabras de la ley", "seres inanimados", y hasta "poder nulo" frente a la ley, a la que estaban (irónicamente) absolutamente subordinados.

55 BENÍTEZ GIRALT Rafael. *El papel del juez en la democracia: un acercamiento teórico*. Consejo Nacional de la Judicatura, Embajada de España, Agencia Española de Cooperación Internacional, San Salvador, 2006, p. 5.

56 Vid. *Derechos humanos, Estado de derecho y desarrollo social en Latinoamérica y Alemania*. Horst Schömbohm (Editor). Ciedla-Konrad Adenauer Stiftung, Caracas, 1994.

57 ORTIZ ORTIZ Eduardo. *Tesis de derecho administrativo*. Tomo I, con Prólogo de Massimo Severo Giannini, Editorial Stradmann, San José, 1998, p. 9.

Un observador tan agudo como fue Tocqueville, quien reporteó lúcidamente acerca de la vida, las costumbres y las instituciones del sistema norteamericano, dijo de la justicia de aquel país:

> **El juez americano se parece, pues, perfectamente a los magistrados de otras naciones. Sin embargo, está revestido de un inmenso poder político. La causa reside en este solo hecho. Los americanos han reconocido a los jueces el derecho a basar sus sentencias en la Constitución más que en las leyes. En otros términos, les han permitido no aplicar las leyes que les parezcan inconstitucionales.**[58]

Esta afirmación, producto del contacto directo con la realidad, no nos indica, sin embargo, algo que la historia sí muestra, y es que ese derecho que, según Tocqueville, la población les reconoce a los jueces de aplicar la Constitución por encima de la ley, los jueces mismos se lo atribuyeron a partir del impecable razonamiento del Chief Justice John Marshall, en la ultra famosa sentencia del caso Marbury vs. Madison de 1803, fecha antes de la cual no estaba claramente establecida esa posibilidad. Y véase hasta dónde esa decisión del juez Marshall revestía trascendencia, que el Congreso Federal clausuró las sesiones de la Corte Suprema de Justicia durante un año, a la manera de lo que hoy entenderíamos como lo más similar a un golpe de Estado. Es cierto que fue antes de la sentencia del caso Marbury, pero sin duda fue como una forma de presión a lo que ya se sospechaba que podría venir, tratándose de un asunto de tanta trascendencia política, como el que allí se planteaba, y que lindaba muy de cerca con el tema de la independencia de los jueces.

Por otra parte, en el bando del derecho de tradición romano-germánica, o derecho continental, no obstante, debieron pasar más de cien años para que el genio de otro jurista, Hans Kelsen, trasladara a su estilo el instituto de la "judicial review" norteamericana, y se consagró a partir de la Constitución de la República Federal de Austria, del 1° de octubre de 1920 y de allí a todo el mundo en que Europa ejercía influencia, solo que el diseño kelseniano concebía esa potestad o atribución, concentradamente en un solo tribunal y no en cabeza de todo juez.

El principio de supremacía constitucional deriva del principio democrático, puesto que la Constitución emana directamente del poder originario del pueblo. En general, puede decirse que su custodia corresponde a cualquier juez del Estado, puesto que los jueces aplican en primer lugar la Constitución, a la que están sometidos, de modo que todos sus actos y resoluciones están ligados y se corresponden con los términos (normas, principios, valores) constitucionales.

Pero la condición de intérprete supremo, de garante máximo o como se le llame en los diferentes países, se le atribuye a un órgano jurisdiccional –de ordinario especializado– en la cúspide del sistema, con la palabra final en materia de interpretación y aplicación de las normas, principios y valores constitucionales[59].

Independencia judicial

Precisamente con base en lo anterior, afirmamos que la justicia es un componente esencial del Estado democrático de derecho, al ostentar un elemento clave del control en relación con el ejercicio de funciones por parte de los poderes públicos (balances y contrapesos del sistema).

En ese sentido, la Constitución no puede ser ajena a la existencia de una justicia que cumpla con ese papel democrático. Es el poder que controla al poder, pero que por ello también debe estar consciente de ser un poder al servicio de la Constitución.

---

58 Citado por HARO Ricardo. *El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las Cortes y tribunales constitucionales.* Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Tomo I, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2004, p. 49.

59 En el caso costarricense, por virtud de la reforma constitucional de 1989 (especialmente artículo 48), ello incluye los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país.

En los parámetros de la nueva democracia y del Estado de derecho, entonces, se requiere, por sobre todas las cosas, de una justicia que sea independiente, que cuente a su favor con un blindaje que la haga inmune a las ansias de influencia que de seguro tendrán muchos sectores, en el mundo del derecho público y en el mundo privado.

Esto es cada día más necesario, en la medida en que a los jueces, a las juezas o a la justicia se les trasladan con incesante periodicidad, nuevas responsabilidades y campos de competencia, ya que al decir de Antoine Garapón, todas las reformas en el mundo jurídico que se han intentado en los últimos treinta o cuarenta años han significado mayores competencias para los jueces y un aumento considerable de la significación del juez y el papel que cumple en la sociedad[60].

Desde ese punto de vista, la justicia se ha convertido en el árbitro de todos los conflictos sociales o los más importantes, y también eso implica una actitud más consciente al asumir esos retos, porque por otra parte hoy, como nunca, el quehacer de los jueces y las juezas, forma parte del escrutinio puntual que se ejerce desde la sociedad sobre toda actividad de las autoridades públicas, y la persona juzgadora no escapa a tal escrutinio.

Si la independencia está en la cúspide de las buenas características que deben ostentar la justicia y los jueces, inmediatamente después y casi que como consecuencia, tenemos otra exigencia, como es la imparcialidad, lo que significa que el juez ejerza su función sin ninguna pasión o interés personal o directo, de conformidad con su condición de tercero supra partes.

Bajo los criterios de la Constitución, se requiere lo siguiente:

- Una justicia que sea transparente, que se otorgue de cara a las personas y que sea comprensible para estas.
- Una justicia eficiente, es decir, que se imparta sin dilaciones indebidas.
- Una justicia eficaz, para que las sentencias se cumplan y no sean meras piezas académicas.
- Una justicia proba (ética), es decir, a cargo de funcionarios que estén para servir a las personas y no para servirse de ellas.
- Una justicia de calidad, técnicamente irreprochable, que dirima los conflictos tomando en cuenta las circunstancias fácticas, personales y el entorno de cada caso, y en la medida de lo posible, conjugando el derecho y la equidad.

Debe entenderse, pues, que para la Constitución no es indiferente el tipo de justicia que se brinda, la forma en que el Estado dispone los medios y recursos para hacerlo, particularmente en lo que corresponde a la independencia con que las juezas y los jueces cuentan y a la vigencia del debido proceso, como podremos ver a lo largo del curso, otorgando tutela efectiva y universal.

Esto, como se ha indicado, no se logra por decreto[61]. O al menos no es un asunto solo de *lege ferenda*.

No puede descartarse, claro, que para la construcción de una justicia a la manera en que la normativa constitucional la exige, los principios y valores que la inspiran, a lo mejor hay que trabajar en algunas reformas legales, pero de seguro mucho de lo que ha de hacerse descansa en el diseño de políticas, programas y

60 Cit. por LACOSTE Graciouse, en *Los derechos de la persona frente a la Justicia*. Conferencia dictada dentro del seminario del mismo nombre, Centro de Estudios Judiciales para Centroamérica, Managua, 1996.

61 Véase en ese sentido, el parafraseo que se hace de la afirmación de Michael Crozier de que no se puede cambiar la sociedad por decreto, por parte de José Merino Jiménez, vocal del Consejo General del Poder Judicial de España, en *Una visión dinámica del Poder Judicial*. Conferencia dictada en San José, Costa Rica, s/f.

actividades que, liderados por los jerarcas judiciales, conduzcan a contar con esa justicia democrática de que hablamos, accesible, en la medida de lo posible gratuita, eficiente, equitativa, transparente, proba (ética), razonable (proporcionada, motivada), responsable y con calidad técnica, conscientes de la carga conceptual e ideológica que ello implica y teniendo en cuenta que se trata de servir a las personas, respetando su dignidad, como objetivo final del sistema.

Porque no se puede lograr una justicia de ese carácter a base de buenas intenciones. Hay que pensarla y dedicarle tiempo a desarrollarla.

1.4. La justicia como servicio

En esta "nueva" cara de la justicia, con las notas distintivas que hemos enumerado, tiene mucho que ver el concepto de servicio que debe ostentar.

Desde el punto de vista histórico, se ha sostenido, incluso, que el ejercicio de la función jurisdiccional es anterior o previo al ejercicio de la función de producción normativa que luego desarrolló la sociedad.

A lo largo del tiempo, sin embargo, se ha considerado a la justicia como opaca, desconsiderada e irrespetuosa con las personas que tiene en frente suplicando por una solución a su conflicto. Desde esa perspectiva, la justicia se visualiza a sí misma como si hiciera un favor a la ciudadanía y no como si esta tuviera un derecho al servicio, que es hacia donde precisamente ahora se enfoca todo el esfuerzo de organización y disposición de la Administración de Justicia.

¿Servicio a secas o servicio público?

En este punto, seguimos la línea de pensamiento del magistrado constitucional de Costa Rica, D. Ernesto Jinesta, para quien deben distinguirse en el seno del Poder Judicial dos esferas bien delimitadas: por una parte, la función jurisdiccional, ejercida por jueces y magistrados, y por otra, el servicio público de la Administración de Justicia. Este último concepto, según esta tesis, está

> **referido a los perfiles administrativos de la función jurisdiccional, tales como la organización y funcionamiento de los tribunales, la logística –avituallamiento y suministros–, el manejo, gestión o administración eficiente y eficaz de los despachos judiciales para evitar las dilaciones indebidas o injustificadas en la tramitación de las causas, la función administrativa ejercida por los órganos administrativos del Poder Judicial (v.gr. resoluciones administrativas de la Corte Plena, del Consejo Superior del Poder Judicial, del Tribunal de la Inspección Judicial, del Consejo de la Judicatura, del Consejo de Personal y, en general, de los diversos departamentos administrativos) […][62].**

A mi modo de ver es un planteamiento correcto y aclara algunas reticencias que sobre el tema existen, ya que excluye de principio, para nuestra tranquilidad, que se pueda aplicar el mismo criterio al trabajo intelectual-jurisdiccional de la persona juzgadora, al que no puede encasillársele de la misma manera que a las otras actividades descritas.

Pero, aclarando puntualmente que lo excluido es la actividad jurisdiccional en sentido estricto, porque si por ejemplo, hablamos de "dilaciones indebidas" ocurridas en un proceso concreto, aun cuando no obedezcan a problemas administrativos específicos o a un mal funcionamiento del tribunal, sino que sean atribuibles específicamente a una actitud negligente o indolente de un juez o de una jueza que, con el expediente listo para la sentencia, lo mantiene intocado en su escritorio, *sine die*, violando todos los plazos procesales, sí estaría de por medio el aspecto del servicio público de justicia, por más que sea la jueza o el juez única y exclusivamente quien está causando la dilación, pues estamos hablando de la prestación anormal del servicio.

62 JINESTA LOBO Ernesto. *La responsabilidad del Estado juez.* Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, 2004, p. 36.

En Costa Rica, tanto el "Estatuto de la Justicia y Derechos de las Personas Usuarias del Sistema Judicial", como el propio Código de Ética Judicial, aprobados por la Corte Suprema de Justicia, este desde 1995, disponen ya en su artículo primero que

> **debe entenderse que la justicia es un servicio público y las personas tienen derecho a que se le brinde en los más altos niveles de oportunidad, probidad, eficiencia, transparencia, calidad y, especialmente, con respeto de quien acude en demanda de ella […].**

Además, en relación con el concepto de acción, un constitucionalista como el mexicano Ignacio Burgoa indica que es el derecho que asiste a las personas para **"pedir el servicio público jurisdiccional"[63].**

Pero este tema no es pacífico y existe un criterio que, sin distanciarse del todo, ubica a la justicia como un servicio a secas. En ese sentido contrario, podemos señalar a quien sostiene que

> **El Judicial se confirma como Poder al servicio de los ciudadanos, de los titulares de los derechos; presenta una dimensión instrumental, servicial que no lo configura, sin embargo, como servicio público como se ha encargado de demostrar Sáinz de Robles"[64].**

Con la distinción que hemos hecho, respecto de "la parte" de la justicia que puede calificarse como servicio público, alejamos también un peligro –grave si se quiere– que se señala por quienes adversan esta tesis, en el sentido de que se confunda el servicio de Justicia con los servicios públicos ordinarios que, en la generalidad de los casos están a cargo del Poder Ejecutivo, y por tanto, están muy expuestos a vaivenes y hasta a modas presupuestarias y de recursos en sentido amplio.

Una nota de servicio público

Por lo demás, incluso la justicia constitucional, potenciando el carácter reforzado en que debe prestarse el servicio de la Justicia, le ha reconocido sin reparo la condición de "servicio público".

Así, a propósito de declarar con lugar una demanda de amparo promovida contra el Poder Judicial, por un ciudadano que se quejaba acerca del cierre de tribunales con competencias sensibles, durante los días cercanos a la Navidad, entre otros aspectos se indicó en la sentencia que la declaró con lugar:

> **[…] No estamos ante un asunto de cantidad de días sino cualitativo y de principio. El servicio de los tribunales y del Poder Judicial sólo puede interrumpirse por causas graves y, en lo posible, con aviso previo suficiente. En todo caso, y para el caso de vacaciones debe respetarse el plan anual con los parámetros del artículo 40 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Las razones de utilidad o conveniencia que fundamentan los acuerdos recurridos, señalados supra en el numeral 8, son de suyo graves y respetables, pero deben ceder ante la obligación constitucional, legal y de ética cívica que salvaguardan la continuidad en la prestación del servicio público. Comentario aparte merece la afirmación del señor Presidente de la Corte […] que dice: "el nivel general de las labores decrece durante la segunda quincena de diciembre, pues en general la actividad económica decrece y los mismos empleados deciden atender actividades particulares que les impide rendir al mismo nivel que el resto del año. Con la medida, se permite que el servidor se concentre plenamente en ellas […]" Esta apreciación refleja una conducta que implica un grave incumplimiento de deberes. No es aceptable para sustentar una decisión, pues vendría a reforzar el vicio en lugar de enfrentarlo y corregirlo. En síntesis: en el caso, es manifiesto que el cierre adicional obedece a razones de utilidad institucional que, en criterio de la Sala, no autorizan una cuota adicional de sacrificio en detrimento del normal funcionamiento de las oficinas del Poder Judicial causando daño al soberano […][65].**

---

63 Cit por FLORES JUÁREZ Juan Francisco. *Constitución y justicia constitucional. Apuntamientos.* Publicación de la Corte de Constitucionalidad, Guatemala, 2005, p. 140.

64 MERINO JIMÉNEZ José, conferencia citada en *supra* nota 32

65 Sentencia de la Sala Constitucional n.° 2006/00404, de las 17:26 horas del 24 de enero de 2006 y la cita de otra sentencia precedente sobre el mismo tema, número 2001/12320. Considerando (fundamento jurídico) V.

Como se desprende de la parte transcrita, esta sentencia recrimina directa y severamente al propio presidente del Poder Judicial, declarando inaceptable el hecho de que por mera conveniencia institucional, ese Poder afecte el servicio de la Justicia, descontinuándolo a placer, con daño para el usuario o el ciudadano, quien a los ojos de los jueces constitucionales asume la condición y el carácter de "soberano".

Pero, concluyendo, ya sea que se considere "servicio" o "servicio público", sobre lo que no pretendemos dar un criterio definitivo, quedan al menos planteadas las matizaciones que se ofrecen en este punto. Lo que sí está claro es que hoy debemos entender que las personas tienen derecho a que la justicia las atienda y las atienda bien, con todas las garantías, como titulares de derechos y no como "meros beneficiarios", a la manera de una liberalidad social de parte del Estado.

Sería, entonces, inadmisible en estos tiempos que los funcionarios judiciales y jueces (más aún), sean personas que ignoren la misión de la justicia, o conociéndola sean **"indiferentes a su misión, rutinarios, al estilo de mediocres funcionarios públicos"[66].**

1.5. Acceso a la Justicia[67]

Estamos conscientes de que ha habido discusión, cuando se habla de "acceso a la Justicia", en si estamos en presencia de un derecho o de un servicio[68]. Por lo que ya llevamos adelantado en nuestro desarrollo, creemos que una posición no excluye a la otra y que, por el contrario, hay que tenerlas a ambas como complementarias. Claro que, como también trataremos de hacerlo constar en el momento apropiado, el acceso a la justicia es un derecho fundamental y, por tanto, es exigible a través de mecanismos legales o legal-procesales *ad hoc*.

Catalogado, además, como derecho instrumental, se llega a considerar, con perdón de la licencia, derecho fundamentalísimo, a la manera del primer derecho fundamental que las personas tienen, en tanto que está al servicio de la garantía y protección de los demás derechos de goce[69]. Funge a manera de una garantía para la eficacia de estos.

Eso es así, puesto que de nada valdría la consagración de derechos en diversos instrumentos jurídicos, si no se acompañaran de una garantía de efectividad, y la garantía jurisdiccional es la idónea para el caso, como ya se ha expresado. En palabras de H. L. Hart, "los derechos valen lo que sus garantías".

Pero, en paralelo, su despliegue y prestación deben venir acompañados de los medios –materiales, humanos– idóneos para ello.

Existencia de un sistema procesal idóneo

Es un prolegómeno señalar que así como el Estado asumió la potestad-deber de la producción normativa, complementariamente se ha reservado garantizar que esa normativa sea cumplida y, en su caso, reparar cualquier violación que se produzca. Como consecuencia de abolir la justicia por mano propia, **"El Estado asume la defensa de los derechos que consagra"[70].**

---

66 BATES Luis. *Comentarios a los discursos del expresidente de la Corte Suprema de Justicia de Chile, Rafael Retamal López*. Ministerio de Justicia, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2003.

67 Está implícito que el término "justicia", con el cual trabajamos el curso, alude a la justicia formal del Estado y no cualquier otra acepción que se pueda tener, dado que es más apropiado para la finalidad de un curso sobre políticas públicas sobre la justicia, esto, sin perjuicio de que si el desarrollo lo requiriera, se comente puntualmente sobre otros tipos de justicia.

68 En la investigación sobre "Acceso a la Justicia y equidad, estudio en siete países de América Latina", ya citado, hay una amplia reseña acerca de la discusión que sobre esa cuestión hubo en los foros que se celebraron en los diferentes países (*supra* nota 2).

69 BREWER-CARÍAS Allan R. Seminario de la Sala Constitucional de Costa Rica. San José, 1992.

70 Cordón Moreno, Faustino. *El derecho a obtener tutela judicial efectiva.* En Derechos procesales fundamentales. Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, Manuales de Formación Continuada. Madrid, 2004, p. 215.

Y precisamente por ello, Couture, el recordado procesalista uruguayo, nos decía: **"el proceso (jurisdiccional) es, por sí mismo, un instrumento de tutela del derecho"[71].**

Ahora bien, cuando hacemos referencia a un derecho de acceso a la justicia, lo hacemos en un sentido incluso más amplio que el de acceso a la jurisdicción, porque empieza por el derecho a que el Estado arbitre un sistema de justicia apropiado para cumplir con el fin constitucionalmente a su cargo, en el momento en que vayamos a acudir a él; pero termina más allá de la sentencia que se dicte, con el derecho a la eficacia material de esa sentencia, por lo demás, haciendo uso o requiriendo el uso de la Fuerza Pública si fuera necesario para tal propósito.

Ante el monopolio de la fuerza que se reserva el Estado, las personas tienen derecho a la existencia, suficiencia y eficacia de un sistema judicial o procesal idóneo, al cual acudir cuando sus derechos o intereses se vean amenazados o violados por terceros, con lo cual el derecho de accionar se convierte, tal vez, en la más importante vertiente o manifestación del derecho de petición.

El sistema judicial o procesal, a la vez, debe estar constituido por un conjunto de mecanismos idóneos para ejercer la función jurisdiccional del Estado, la cual consiste en declarar el derecho controvertido o restablecer el violado, lo cual significa aplicar e interpretar la normativa jurídica a los casos concretos.

Ha de ser un sistema judicial que permita el acceso *universal*, primero, en tanto no haya materias o actos inmunes o no justiciables, aunque con diferentes vías de acceso (diversidad de procesos) y, por tanto, con diferentes tipos de resolución y sus respectivos efectos jurídicos. Es algo similar a lo que con una hermosa frase la Constitución Política de Guatemala dispone, en el sentido de que **"no hay ámbito que no sea susceptible de amparo"[72]**; y segundo, también hablamos de un sistema *universal*, en cuanto que el acceso a la justicia debe garantizarse para todos, con independencia de la edad, color, sexo, nacionalidad, ideología, religión, origen o cualquier otra condición social de quienes acudan en demanda del servicio[73].

No podríamos pecar de ingenuos, porque lo anterior, que se dice fácil, en la praxis puede ir por otro rumbo.

De lo que se trata, como seguramente vamos a afirmar en diferentes pasajes del curso, es que tengamos conciencia de la necesidad de mejorar la actitud y la disposición de todo el sistema judicial a prestar el servicio sin discriminar de ninguna forma, conscientes también de que hay que trabajar contra las desigualdades que se dan en la sociedad, de manera que la equidad debe entrar en juego

> **cuando se considera que la justicia no puede reproducir o magnificar las desigualdades y de oportunidad que dominan buena parte de las sociedades latinoamericanas. Si se comparte la convicción de que hay una *"justicia"* de la justicia, la consecuencia es clara: las desigualdades de hecho no deben incidir en la oportunidad ni en la calidad de la justicia[74].**

No solo así, sino que dado que esas desigualdades fácticas incidirían negativamente en las personas, el sistema judicial debe acompañar medidas que mitiguen las diferencias de poder, entre unos y otros.

Teniendo en cuenta, además, un dato de la realidad y es que podría ser que lo que hagamos, aun siendo todo lo bueno, en el sentido de mejorar el acceso a la justicia y la eficiencia o eficacia con que deben desempeñarse los servicios de justicia, estamos ante una tarea si se quiere, difícil de alcanzar, pues siempre habrá más por hacer.

---

71 COUTURE Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil.* Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1987, p. 148.

72 Artículo 265 de la Constitución de la República de Guatemala, del 31 de mayo de 1985

73 En relación con estos aspectos, remitimos al conveniente (¿necesario?) examen de la importante sentencia sobre el debido proceso, de la Sala Constitucional de Costa Rica, número 1739/1992, del 1 de julio de 1992.

74 Op cit de *Acceso a la Justicia y equidad*. Estudio en siete países de América Latina, p. 26.

En tal dirección Héctor Fix-Fierro certeramente indica que **"la justicia es un horizonte y no solo un objetivo"**; siempre habrá metas por delante que, cuando se cumplan, impondrán la programación y el respectivo cumplimiento de otras y así sucesivamente, puesto que también la dinámica social irá requiriendo ajustes y modificaciones a lo que en un momento determinado hayamos creído que satisface un específico aspecto del servicio.

Por otra parte, expertos que han investigado en el campo de los sistemas judiciales advierten que no siempre se toman decisiones –políticas– con base en datos o cifras ciertas, para encontrar las apropiadas propuestas de solución, lo que da al traste con los propósitos que se tenían.

Por tratarse México de un país de organización federal, o lo que es igual, con justicia de los estados componentes individualmente hablando y con justicia a nivel federal, y también por ser un país de enormes dimensiones territoriales y poblacionales, resulta interesante y llamativo el señalamiento que Gustavo Fondevila formula, en el sentido de que en ese país no se conocen con exactitud, entre otras muchas cosas que cita, **"la demora, el costo, la complejidad y la calidad del servicio del sistema de justicia, las razones de estos problemas, las distintas formas que adquieren –por ejemplo, costos directos, indirectos, por pérdidas de jornada laboral, impuestos judiciales (tasas), viajes, costo de representación privada, etc. […][75].**

Eso, obviamente, limita o debilita las acciones que se tomen o puedan tomar. Se podría afirmar, incluso, que limitaría y hasta podría impedir el diseño de políticas públicas apropiadas.

Inversión pública urgente en este campo

Todo esto nos indica que la tarea, por inmensa que se piense o se crea, es, como lo apuntan todos los estudiosos de estos temas, "**un objetivo urgente y prioritario de la acción política"[76].**

Pese a que la cita transanterior nos parece válida en términos generales, o tal vez, por eso mismo, hay que precisar que los Poderes Judiciales tendrán que dar pasos fundados para empezar por conocerse a sí mismos, verse hacia adentro, para descifrar lo que hacen y cómo lo hacen; para saber cuáles son sus debilidades o deficiencias y de esa manera empezar la construcción de un cambio de imagen en procura de un cambio en la percepción que de ellos se tiene, que es ni más ni menos que un cambio en la estrategia de trabajo y de contacto con la persona usuaria.

Un tema que a nosotros nos parece de señalada importancia (aunque no corresponda desarrollarlo en estas notas) es el de la inversión en la educación de jueces, juezas y personal judicial clave –formación inicial y educación continua-, que en los hechos resulta ser una pieza esencial de todo el engranaje de cambio que viene realizándose en los Poderes Judiciales.

Pero en este aspecto tan específico, se requiere adentrarse en los temas que incidan en el mejoramiento directo de la justicia, para lo cual también hay que saber qué ha fallado en el pasado, qué medios se pueden utilizar para superar esas fallas y cómo, finalmente, se mide el impacto que la educación judicial tenga sobre la realidad operativa de ese personal –profesional o no- debidamente formado.

A pesar de esa "señalada importancia" que nosotros le reconocemos a la educación judicial, es frecuente encontrar que en esta materia los Poderes Judiciales actúan asistemáticamente, acientíficamente, con bastante descuido y desidia, como si los conocimientos, las habilidades para el desempeño del cargo, o el tema mismo de la actitud, la forma de actuar y de ser de la persona juzgadora o del secretario o secretaria de un tribunal fueran temas triviales o vinieran incorporados al ADN de cada cual.

---

75 FONDEVILA Gustavo. *La cara amable de la justicia. Los tribunales de familia en el Distrito Federal.* En "Reforma Judicial". Revista Mexicana de Justicia, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma (UNAM), México, julio-diciembre 2007, p. 76.

76 MERINO JIMÉNEZ José, conf. cit., *supra* notas 32 y 36.

Un estudio realizado en Centroamérica para el 2000, en cuanto atañe a la formación continuada que se ofrece en Costa Rica a la planta judicial, por decirlo de ese modo, indica que **"obedece a razones conyunturales y oportunistas y no a una planificación de exigencias y contenidos sostenibles"**[77].

Por eso mismo, debe reiterarse que, si de lo que se trata es de recomponer la percepción negativa de opinión con que han cargado los sistemas judiciales y de lo cual escapan pocos en nuestro entorno, en el citado, como en otros campos a los que haremos referencia, se requiere que trabajen con base en políticas que tengan una justificación objetiva y una base de conocimiento sólida[78].

Ahora bien, continuando con el tema de este acápite, el derecho de acceso a la justicia, como bien señala Pedro Jover, es un verdadero derecho de crédito, y con cita del profesor Miguel Ángel Aparicio, agrega que **"la actividad prestacional de los poderes públicos forma parte del núcleo del propio derecho fundamental constitucionalmente consagrado"**, con lo cual queda configurado **"un derecho a la organización de la justicia"** en favor de las personas[79].

Por eso nos parecía importante mencionar al inicio de este acápite, que también el aspecto de organización, de la disposición o vocación del Estado, a través del Poder Judicial para otorgar tutela judicial a las personas es un derecho en sí mismo y no una concesión graciosa, y por tanto, a disposición discrecional. Pero es un derecho de composición múltiple, si pudiera decirse. Un derecho "matriz" que se descompone a su vez en otros derechos y garantías, de los que constituye el género. Basta leer algunas disposiciones constitucionales, como el artículo 24.1 de la Constitución española, o en artículo 41 de la Constitución Política costarricense, para darse cuenta de la deliberada extensión que quiso exhibir el constituyente en materia de garantías procesales, al punto de que algunos autores califican a la "tutela judicial" o al "debido proceso", según sea el caso, como una supergarantía.

Gimeno Sendra, comentando la situación española, indica que

> **pareciera como si el legislador constituyente hubiera tenido una obsesión en que nuestros Tribunales sean escrupulosos en el cumplimiento de todas las garantías procesales, enunciando expresamente la práctica totalidad de las mismas, pero permitiendo al propio tiempo también que, si alguna de ellas no estuviera expresamente establecida en el catálogo de derechos del artículo 24, pueda invocarse su aplicación al amparo de esta formulación genérica […][80].**

---

77 "Libro Blanco sobre la Independencia del Poder Judicial y la Eficacia de la Administración de Justicia en Centroamérica. Capítulo Costa Rica". Asociación Catalana de Profesionales para la Cooperación, Jueces para la Democracia, Generalidad de Cataluña y Unión Europea. San José, 2000, p. 21.

78 Es justo decir que algunos países, incluso Costa Rica, han dado pasos en ese sentido, pero han sido con retraso y, en algunos casos, tímidos. En concreto, puede decirse que nuestro país no tuvo sino hasta el 2010 un programa de formación inicial para acceder a la judicatura. Pero es tan reciente que habrá que esperar a evaluar con qué acierto se ha diseñado el programa y cómo la Escuela Judicial lo ha llevado adelante. Lo cierto es que no se nota un gran entusiasmo por profundizar en ese campo, ya que la tradición ha implicado sistemas de nombramiento muy poco serios, en los que han prevalecido criterios subjetivos más que los objetivos para establecer la idoneidad de las personas aspirantes, aparte de que la enseñanza universitaria del Derecho, ya de por sí, en términos generales, ha venido en declive.

79 JOVER PRESA Pedro. "El derecho a la organización de la justicia: aspectos prestacionales de la tutela judicial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional Español", en Constitución y Justicia Constitucional. Jornadas de Derecho Constitucional en Centroamérica. Consell Consultiu y Agencia Catalana de Cooperació al Desenvolupament de la Generalitat de Catalunya y Centro de Estudios y Formación Constitucional Centroamericano. Barcelona, 2008, p. 189

80 GIMENO SENDRA Vicente. "El derecho a un proceso "administrativo" con todas las garantías". En Libro Homenaje al profesor Eduardo Ortiz Ortiz. Universidad Autónoma de Centroamérica-Colegio Santo Tomás de Aquino, 1994, p. 45.

La Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el ámbito judicial Iberoamericano específicamente contempla como un derecho fundamental de las personas, el **"tener acceso a una justicia independiente, imparcial, transparente, responsable, eficiente, eficaz y equitativa [...]"[81].**

Puede entenderse, entonces, que la inclusión de los elementos que califican a esta justicia óptima está destinada a ofrecer lo que nosotros llamaremos un tanto arbitrariamente **"tutela judicial plena"**, no es para nada casual y así viene prevista la tutela judicial efectiva, en los términos de la Constitución española, artículo 24, o la justicia pronta y cumplida del artículo 41 de la Constitución costarricense, según reseñábamos. Es decir, hay una intencionalidad en obtener un producto final, valga el término, que satisfaga los máximos estándares de calidad.

Esas notas o exigencias que hemos venido exponiendo nos permiten entender que se está accediendo a una verdadera justicia y no a un remedo de ella.

Pero estos criterios no han surgido súbitamente, de la noche al día, sino que se han ido perfilando poco a poco, en un **"proceso acumulativo"**, para utilizar la feliz expresión de Pablo Lucas Verdú, si bien aplicada a la evolución constitucional histórica. De lo que no hay duda es que se irá a más en materia de exigencias para la justicia y el diseño o concepción de los últimos documentos surgidos en esta materia, como veremos en uno de los incisos de este acápite que así lo denotan.

Ese ha sido el comportamiento histórico de nuestras sociedades que por cierto no ha estado exento de polémica, como lo deseamos patentizar con lo que el profesor Pérez Royo nos refiere:

> **Los derechos fundamentales son derechos naturales constitucionalizados democráticamente. Son, por lo tanto, al mismo tiempo expresión de la *naturaleza humana* y de la *técnica del hombre*, esto es, *naturales* y *artificiales*. Ese es el camino que ha recorrido en el continente europeo desde finales del Siglo XVIII hasta nuestros días. El propio carácter de los derechos como derechos "naturales" ha sido en determinados momentos un obstáculo para su reconocimiento constitucional. Por dos motivos distintos: 1°, porque haciendo uso del conocido aforismo *enumeratio ergo limitatio*, se llegó a considerar que su inclusión en la Constitución podría suponer una restricción en lugar de una ampliación o una garantía de la esfera de los derechos individuales. Fue la argumentación inicial de los Federalistas americanos, para quienes una enumeración precisa de los derechos en la Constitución podría ser peligrosa, "en la medida en que podría suponer que todo derecho no incluido" en la misma "quedaría a disposición del gobierno". 2°. Porque los derechos "naturales", por el simple hecho de serlo, eran tan obvios, que no se entendía que hubiera que poner por escrito lo que era evidente y tenía por tanto que estar por encima de toda discusión [...] ya que especificar que los hombres tienen derecho a la vida, a la libertad personal e ideológica, etc, es como poner en la Constitución que todos los hombres tienen dos ojos, dos manos, etc. La inclusión de los derechos en la Constitución, en lugar de ser un indicador de progreso y civilización, es un síntoma de barbarie. El curso de los acontecimientos históricos ha venido a demostrar más allá de toda duda que quienes se oponían de esta manera a la constitucionalización de los derechos, no tenían razón. Ni la constitucionalización ha supuesto una limitación de los derechos naturales, ni era tan risible y supérfluo consignar los derechos en la Constitución, como si el respeto a los mismos estuviera asegurado de manera definitiva. Al contrario. *La constitucionalización de los derechos ha sido un instrumento de "ampliación" de los originarios derechos naturales del hombre. No se ha ido a menos, sino a más, como la comparación de los textos constitucionales de finales del XVIII y del XIX y los de hoy pone de manifiesto*[82].**

81 Documento aprobado en la VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, celebrada en Cancún, México, en el 2002.

82 PÉREZ ROYO Javier. *Curso de derecho constitucional*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Octava Edición, Madrid, 2002, p. 265.

Habrá tal vez límites también "naturales" para dar servicio óptimo de tutela a las personas, constituidos por la capacidad económica de que dispone o con que un Estado cuenta para ir atendiendo todas las expectativas en materia de servicio, porque aunque no en todos los componentes, como lo vamos a señalar en capítulos posteriores, en donde pueda privar el elemento personal ("human ware", como algunos dicen). Lo cierto es que en los que esté implicada obra material, los recursos financieros son decisivos. Y deben utilizarse con estrictos criterios, tratando de maximizar los resultados.

Lo podemos encontrar crudamente señalado en un informe anual de labores judiciales:

> **El incremento de la demanda de servicios nos ha puesto de relieve que la infraestructura y los recursos que se tienen para hacer frente a la alta litigiosidad no son suficientes y evidencian desde todo punto de vista y confirman las opiniones de la sociedad de que la justicia es lenta, no es oportuna, presenta dificultades en su acceso, origina mala atención al usuario, falta de compromiso con el desarrollo social, político y económico y que por ser lenta (se) dilapidan recursos que bien pueden ser utilizados en otros usos [...][83].**

Número de jueces y juezas

Ciertos datos nos podrían orientar en la búsqueda de descubrir si un Poder Judicial (el Estado) está tomando en serio la función jurisdiccional, disponiendo para ello los recursos necesarios.

El primero al que deseamos referirnos es al número de jueces y juezas que tiene en servicio.

Costa Rica, por ejemplo, contaba en 1999 con 16 jueces por cada cien mil habitantes. Esa cifra se podía comparar con la de la República Oriental del Uruguay que para 1994 contaba con 13 jueces por igual número de habitantes, según había referido el Dr. Luis Toruelo, presidente de la Corte Suprema de ese país en ese año[84].

Claro está, los datos pueden variar de un año a otro, incluso habría que considerar la incidencia que podría tener al respecto la cultura legal –o cultura general– de cada país para saber si se puede hablar *vis* a *vis* del tema, o hay que matizarlo.

Pero también puede haber alguna relatividad en el manejo de este rubro, porque no necesariamente contar con más jueces y juezas significaría ofrecer un mejor servicio.

Sobre esta cuestión, nos el Prof. Blankenburg indica que una sociedad tan poco litigiosa, como la japonesa, en la que el litigio prácticamente se considera una patología, es natural que solamente disponga de dos jueces por cada cien mil habitantes, mientras que Italia contaría con 11 y Alemania con 28[85].

La actitud que en Oriente se tiene frente al litigio es una regla más o menos general, y es acorde con la forma de entender la vida social en esa región del mundo. De allí se explica que Mahatma Gandhi afirmara que el litigio no era el mejor camino para alcanzar la paz, ya que en su opinión "es demasiado destructivo"[86]. Y más de mil años atrás, Confucio había señalado que lo importante no era que los hombres ganaran juicios, sino que no llegaran a tenerlos.

Seguramente, cuanto más cerca nos ubiquemos al Occidente del mundo y más cerca de nuestro tiempo estemos, vamos a encontrar más cultura de la litigiosidad. Al menos en el mundo cultural de influencia latina, esa parecería ser la regla.

---

83 MORA MORA Luis P. *Informe de Labores 2005*. Presidencia de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, marzo de 2006, p. 47.

84 Vid. *Código de Ética Judicial de Costa Rica*. Introducción a cargo de Luis Paulino Mora y Luis Fernando Solano. Departamento de Publicaciones e Impresos del Poder Judicial, San José, 2000.

85 BLANKENBURG Erhard. *Legal Cultures Compared*. En *Disputes and Litigation*. Instituto Internacional de Sociología Jurídica, Oñati, 1992, p. 19. Se trata, eso sí, de datos que corresponden a 1984.

86 En su escrito "Seven Steps to Global Change".

Alejandro Maldonado expone sobre este tema, relacionado con el criterio que Platón exponía en uno de sus diálogos:

> **Lo cierto es que la sociedad se impacienta por la tardanza y la demora y, aunque en los diálogos platónicos, cabalmente en *"La República, o de la Justicia"*, se hace notar la suspicacia de Sócrates respecto de la salud de una ciudad que precisa de muchos tribunales y muchas curanderías, fácil es acotar que vale más que una comunidad acuda a los jueces antes que procurarse medios festinados para resolver sus controversias y pleitos[87].**

Sin embargo, despreocuparse en cuanto al hecho de que la gente acuda a los tribunales, de manera abusiva, también tiene la consecuencia de que esas controversias que se llevan ante las personas juzgadoras no sean resueltas en tiempo razonable. Esta cuestión es, si se quiere, el problema más acusado que la Justicia experimenta y sobre lo cual más reproche se formula desde la sociedad civil.

Aparte de lo anterior, también se presenta el fenómeno generalizado que apuntábamos recién y que implica un reto y un riesgo importante para la Justicia, ya que como Antoine Garapon señala:

> **El derecho se ha convertido el nuevo lenguaje con el que se formulan las demandas políticas que, decepcionadas por un Estado en retirada, se dirigen masivamente a la justicia**[88].

Los jueces y las juezas se encuentran, entonces, convertidos, por virtud de esa demanda social, según el mismo autor lo explica, en **"los guardianes de las promesas democráticas no satisfechas"[89].**

No obstante, esto puede tenerse como un dato de la realidad, y seguramente bien descrito y estudiado para la situación en Europa o en Francia en especial, Fix-Fierro nos señala que, para el caso de América Latina, la información sobre la litigiosidad y sus consecuencias es muy fragmentaria, y agrega una observación que puede resultar interesante y es que incluso, aun cuando los estudios existan,

> **por lo común no se basan en un enfoque comparativo, es decir, no establecen, para efectos de explicación, una relación entre la litigiosidad y otras variables sociales y jurídicas significativas, o bien, no logran identificar una "explosión de los litigios" en el sentido apuntado anteriormente[90].**

A lo mejor sea frecuente en el entorno de nuestra región geográfica, y planteamos esto únicamente como una posible hipótesis de trabajo, aprovechable como resultado de este curso, pero con conocimiento más de cerca del caso de Costa Rica, y es el hecho de que una de las luchas en lo interno del Poder Judicial en la elaboración del proyecto presupuesto, año a año, tiene que ver con la creación de nuevas plazas para jueces y juezas, ya sea porque se acusa un creciente rezago en la resolución de casos (por ejemplo en la materia laboral, o en materia de familia), por recientes reformas que se han introducido a este tipo de tribunales, o para atender nuevas jurisdicciones, como es el caso de la violencia doméstica.

En Costa Rica, precisamente para el año 2000, se incluyeron 100 nuevas plazas de juez en el presupuesto, no solo para atender las demandas desbordadas de Justicia, sino para poder darles a estos nuevos jueces y juezas una formación más completa que la que habían tenido los que ya estaban en servicio; es decir, pensando en una mejora de la Justicia en un doble sentido, cuantitativo y cualitativo.

Pero de lo "pensado" a lo "experimentado" puede haber un gran trecho y no se ha podido constatar, o no existe evidencia clara sobre si el aumento de jueces y juezas va en relación directa con un mejoramiento de los índices de desempeño de los tribunales, en relación con una mayor satisfacción de las personas ligadas al funcionamiento de los tribunales.

87 MALDONADO AGUIRRE Alejandro. *Jurisdicción de la política y del poder*. Corte de Constitucionalidad, Guatemala, 2006, p. 11.

88 BEGNÉ GUERRA Cristina. *Jueces y democracia en México*. Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad. Nacional Autónoma (UNAM), México, D. F., 2007, p. 120.

89 Begné, op. cit., p. 119.

90 FIX-FIERRO Héctor. *Tribunales, Justicia y Eficiencia. Estudio sociojurídico sobre la racionalidad económica en la función judicial*. Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 2006, p. 17.

Utilizando de nuevo la experiencia de Costa Rica, concretamente, por Constitución Política, es la Asamblea Legislativa la que crea juzgados y tribunales, y eso tiene consecuencias en relación con los criterios que se utilizan para la creación de nuevos tribunales, no siempre acordes con las necesidades reales de una determinada población o región del país, sino tal vez por la decisión de un diputado o un grupo de ellos que desean cumplir con una promesa de tipo político.

Se presenta ese tipo de contradicción. Y para solventar entonces esa falta de atribuciones para crear tribunales donde técnicamente se requieran, durante mucho tiempo, la Corte Suprema de Justicia ha creado o más bien, ha agregado "secciones" a un tribunal que ya existe, o en el caso de juzgados unipersonales, a asignar lo que se ha llamado "conjueces" (¿más propio "co jueces"?), pero el tiempo llega a indicar que duplicar a los jueces y las juezas en un tribunal específico no implica duplicación del número de sentencias dictadas, o asuntos concluidos, de modo que también se dan inconsistencias entre número de jueces y eficiencia. Incluso, hasta emergen conflictos interpersonales, en el sentido de que el juez más antiguo considera que al nuevo le corresponde hacer el mayor esfuerzo por acelerar la productividad del tribunal y él lo toma como un respiro en sus tareas. Es algo para meditar, por la discrepancia entre el objetivo a cumplir y el resultado obtenido.

Pero en cuanto a la relatividad de este tema, también resulta interesante otro cuestionamiento que se hace en relación con el número de jueces, y es que se acostumbra únicamente mencionar el número total de jueces y juezas en relación con la población de un país, como si todas las personas juzgadoras ejercieran competencia en todas las jurisdicciones, sin tomar en cuenta su especialización y si la distribución por ramos jurisdiccionales es adecuada o no a las necesidades de un Estado. Esto puede ser muy aleccionador.

Por ejemplo, en una charla ofrecida dentro de un amplio seminario dedicado al papel que la Procuraduría General de la República tiene en los procesos contencioso-administrativos y en los procesos constitucionales, el profesor Agustín Gordillo señalaba:

> **Ustedes (en Costa Rica) están muy bien, pues he escuchado que cuentan con 1 juez contencioso administrativo por cada 300.000 habitantes, porque en Argentina la relación es de 1 juez por cada millón de habitantes. En contraposición a un cantón de Suiza que cuenta con 36 magistrados para 400.000 habitantes[...][91].**

Lo interesante de esto es que entonces estaríamos en presencia de jurisdicciones que manejan materias muy sensibles y que posiblemente requieran reforzamientos urgentes, como el profesor Gordillo afirma.

Recordemos que la jurisdicción contencioso administrativa tiene como objetivo el control de la legalidad de la actuación administrativa, con lo que esto implica, de modo que hasta podría interpretarse que un Estado que desatiende una jurisdicción tan importante para los administrados (ciudadanos) cuando son afectados por actuaciones ilegales del Estado, las administraciones públicas en general y sus funcionarios, no está cumpliendo bien con la función de control que le corresponde en la división de funciones, dentro del Estado constitucional y democrático de derecho, tal como es exigido hoy.

¿Y qué podríamos indicar sobre la situación más complicada, si pudiera decirse, en que están los Estados que a este momento no cuentan con una jurisdicción contencioso administrativa, al poder estarse generando espacios de impunidad, al no estar debidamente atendida la demanda social en este campo, aunque en otras jurisdicciones estuvieran bien?

Planta física

La planta física adquiere cada día más relevancia. En el pasado, los tribunales o cortes supremas, radicados en las capitales del país, eran los que contaban con un edificio, si no era funcional, al menos tenía la imagen (símbolo) para alojar las altas cortes, en tanto cabeza de uno de los Poderes del Estado.

---

91 GORDILLO Agustín. *Delimitación entre las jurisdicciones constitucional y administrativa*. Seminario realizado en San José, Costa Rica, año 2000.

Pero no necesariamente se demostraba ese mismo cuidado en el resto de juzgados y tribunales a lo largo y ancho de los países. Incluso, en casos extremos, algún juzgado había sido desalojado de las instalaciones privadas que ocupaba y terminaba impartiéndose justicia en el parque del pueblo[92]. El juez terminaba trabajando en condiciones precarias y los usuarios soportando un deterioro del servicio.

Claro que estamos al tanto de la leyenda de Luis IX, rey de Francia, de quien se dice que impartía justicia bajo un árbol, pero sabemos lo que significaba en esos tiempos el impartir "justicia"; no obstante la santidad que también se le atribuye a este monarca.

En Nicaragua, casualmente, con la colaboración internacional, a nivel de poblaciones rurales se ejecutó un programa de construcción de edificios dedicados al servicio de justicia prestado por el juzgado. La nota especial de este programa es que las construcciones realizadas incluían el espacio para los servicios administrativos de la oficina; pero también otro espacio que sirviera como la vivienda del juez. Se trató de edificios de un diseño elemental, nada ostentoso, pero al menos para otorgarle cierta dignidad a la función y satisfacer una demanda social muy sentida.

Hoy, se entiende que el tipo de edificación que se realice para alojar tribunales debe reunir unos requisitos básicos en diferentes sentidos: a) para que los funcionarios mismos puedan desempeñarse apropiadamente, utilizando para ello incluso criterios o estándares de salud ocupacional; b) de la misma manera, que facilite la comunicación entre la administración del servicio de justicia y la persona usuaria, empezando por facilidades de acceso (rampas para discapacitados, ascensores), servicios de información, orientación y rotulación visible sobre los diferentes servicios y oficinas que el edificio aloja; c) oficinas de recepción de documentos, de notificación, etc.; d) cada juzgado o tribunal, considerado individualmente, deberá contar con un sitio apropiado para los usuarios que esperan, con asientos cómodos, con amplia visibilidad hacia el interior de la oficina, de modo que y la persona usuaria de hecho funge como vigilante *ad hoc* de los movimientos que se dan en lo interno de la oficina judicial, pudiendo detectar irregularidades o actuaciones inconvenientes del personal judicial; f) ha de ser un espacio funcional, en el sentido de que el usuario también pueda ser localizado fácilmente si es requerido para alguna actividad (audiencia, juicio); g) también se ha expresado seriamente, aunque a modo de discusión preliminar, la necesidad de que las edificaciones judiciales puedan cumplir alguna función a favor de la comunidad donde se asientan, por ejemplo, para que se utilicen las salas de debate en horas nocturnas para actividades de interés comunal, previa calificación del interés público o local, y bajo reglas estrictas de seguridad.

Vale mencionar aquí una preocupación que surge a raíz de algunas de las recientes reformas judiciales, en tanto que concentran en grandes edificios a tribunales y funcionarios que otrora prestaban sus servicios en diferentes comunidades periféricas, perdiéndose un elemento que siempre ha sido importante para los habitantes de pequeñas poblaciones, como son la presencia, accesibilidad y la visibilidad misma de los jueces, las juezas y de los tribunales, que ha sido a la vez causa de una sensación de seguridad para esas personas y aprecio hacia la representación física de la justicia; pero que también podría causar mayor compromiso para el juez, que no queda diluido ni oculto a los usuarios del sistema en esas grandes moles de concreto en que ahora se están alojando.

En la búsqueda de una economía de escala, tal vez los Poderes Judiciales deriven hacia la pérdida de eso que en el pasado cercano bien podría llamarse "justicia de proximidad". Una pérdida que podría ser importante, pero tal vez en este momento falte tiempo para poder evaluar con buena distancia temporal los cambios operados y lo provechoso que hayan sido o no.

Nada despreciable a considerar, en lo que tiene que este tipo de mega organización, es que también ha presentado problemas operativos, ya no solo para la persona usuaria, sino también para los mismos funcionarios, porque implica un cambio radical de la organización de los servicios, y en algunas ocasiones, han requerido "fusionar" en un solo tribunal a diferentes oficinas de origen, de modo intempestivo, sin la

92 Situación relatada por quien entonces era presidente de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, el Dr. Orlando Trejos Somarribas en la sesión del Consejo Judicial Centroamericano, celebrada en San José, noviembre de 2001.

preparación (capacitación) adecuada, de manera que se presentan disfuncionalidades que atentan contra el servicio público. Se trata, en algunos casos, de tribunales que cuentan con 20, 30 o más jueces, o con 40 o más funcionarios, y no siempre se ejecuta pacíficamente la división del trabajo.

Esta es una cuestión, pues, que merece pensarse una y otra vez, y planificarse debidamente para evitar resultados contradictorios con lo que se pretendía lograr.

En general, para el caso de Costa Rica, en el resumen ejecutivo de la Reforma Judicial 1998-2002, según Javier Llobet refiere, en la encuesta realizada con una escala de 1 a 5, en que 1 significaba "muy mala" y 5 "muy buena", la percepción sobre el cambio o reforma que los jueces expresaron fue de 3.2. A su vez, la de los abogados litigantes fue de 2.2, y la realizada a las partes litigantes de 2.7. El promedio fue de 2.7, es decir, regular.

La cita de Llobet termina afirmando: **"Se concluyó que no había mejorado en el período 1998-2002 la calidad de la atención a los usuarios"[93].**

Como apuntábamos líneas atrás, el número de jueces por cien mil habitantes, como parámetro, por sí mismo no nos puede permitir conclusiones, pero indudablemente hay algo que sí incide en la calidad del servicio y tiene que ver con la persona y la actitud del propio juez (o el funcionario judicial en su caso) a la hora de cumplir con sus funciones, ya sea en frente del usuario, es decir, en el contacto directo con él, ya sea tras bastidores.

Como ya Piero Calamandrei advertía: **"el peligro mayor que amenaza a los jueces en una democracia, y en general a todos los funcionarios públicos, es el peligro de hábito, de la indiferencia burocrática, de la irresponsabilidad anónima"[94].**

De allí también surge la importancia que tiene que ir midiendo el comportamiento del sistema judicial en su globalidad, valorando todos los elementos relacionados (personal profesional, personal de apoyo, servicios auxiliares, instalaciones físicas, equipo, mobiliario, etc.). En ese "medir", es importante tener en cuenta la percepción que el usuario y la ciudadanía tienen del servicio que, junto a otros criterios, resulta indispensable para modificar o ajustar en lo que corresponda. La idea vuelve a ser la plasmada por Fix-Fierro, de "la justicia como horizonte", siempre en búsqueda de nuevas metas y teniendo a las personas como motivo y fin del servicio.

1.6. Derechos de las personas ante la justicia

La preocupación de quienes están (o de quienes estamos) en el sistema, pues, consiste en fomentar esa cultura del servicio, en satisfacer de la mejor manera las necesidades de quien acude en demanda de justicia, por lo que intentaremos a continuación un ejercicio de descripción de los elementos más importantes que se deben tener en cuenta en el diseño de cualquier política pública en este campo.

Aclaramos *in limine*, eso sí, que resulta imposible dedicar algunas referencias a los derechos "*intra* proceso", a las llamadas garantías procesales, que serían más indicadas para un curso *ad hoc*, y que por lo amplias e importantes, requerirían un desarrollo a profundidad. Lo que haremos es realizar un elenco de derechos que las personas tienen frente a la justicia en un contexto si se quiere, extraprocesal o preprocesal, aunque ha de tenerse claro que también constituyen especie de condiciones generales, propia de la concepción más amplia de la Administración de Justicia en un Estado democrático de derecho, una exigencia inescapable para el Estado actual[95].

---

93 LLOBET RODRÍGUEZ Javier. *Ética judicial*. Conferencia dictada el 24 de noviembre de 2006, con motivo de celebrarse el XXV Aniversario de la Escuela Judicial de Costa Rica.

94 Llobet, op. cit.

95 Vid. Sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica, número 1739-1992, especialmente el Considerando X.

Dignidad de las personas usuarias

Dentro de la más pura concepción democrática de la Justicia, creemos que la persona (el usuario) tiene derecho a ser tratado dignamente y a recibir un trato equitativo de parte del sistema judicial en general.

El concepto de dignidad humana, aunque de difícil definición, es un dato esencial y un *a priori* del funcionamiento del sistema judicial.

Se puede considerar como

> **límite, como barrera a cualquier injerencia del poder en el individuo y puede describirse como el más profundo sentimiento que cada uno tiene de sus derechos y condiciones fundamentales para existir, a través del cual se da el sentido de la propia identidad como persona y del significado como ciudadano. Ese sentimiento nos da la percepción del valor que le asignamos a la persona humana y que es la base para el reconocimiento de los demás derechos y atributos, en primera instancia propios, pero que al mismo tiempo trae su reconocimiento en los demás. Por eso se dice que la dignidad humana es la plataforma de la igualdad, porque los parámetros de valoración son siempre los mismos para toda persona, sin excepción[96].**

La Ley Fundamental de Alemania la reconoce en los siguientes términos: **"La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público"[97].**

De un modo más sencillo, la Constitución de Costa Rica lo que dispone es que **"Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana"[98].**

Y ciertamente, no hay una enumeración de causales de infracción al derecho a ser tratado dignamente, de modo que será la casuística la que nos hará ir perfeccionando los mecanismos para detectar cuándo y o en qué circunstancias ha estado comprometido o claramente se ha violado este derecho.

La Constitución española, por ello, declara que, entre otros derechos, la dignidad de la persona es **"fundamento del orden político y de la paz social"[99].**

Ese derecho de la persona ante la justicia funciona como una "mega garantía" en el sentido de que tiene una variedad de manifestaciones en todo tipo de relación que se dé entre jueces y funcionarios judiciales en general y los usuarios del sistema; pero particularmente se ha de observar a lo largo del proceso jurisdiccional.

1.7. Derecho a la existencia de un sistema judicial

Como parte del acceso a la justicia, las personas tienen derecho a la existencia, suficiencia y eficiencia de un sistema de justicia que atienda sus requerimientos, con carácter universal y que, por lo mismo, no discrimine a ninguna persona en forma alguna, bajo ningún pretexto. Debe ser entonces un sistema de justicia accesible, dentro de lo cual puede mencionarse como clave el tema de la gratuidad de los servicios (no tasas y eventualmente patrocinio letrado público).

Derecho general a la legalidad. Este principio implica que los jueces o los tribunales en su caso deben sujetarse al principio de legalidad, de modo que haya seguridad en cuanto a las normas de procedimiento y de fondo que regulan su actuación en un caso concreto, a la manera de una reserva de ley y solo muy limitadamente a través de reglamentos.

Derecho a juez legal. Una de las garantías más importantes del moderno proceso es el de la predeterminación legal del juez, la cual significa que las personas tienen derecho de ser juzgadas por un juez previamente

96 Sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica, número 1996/1428 del 22 de mayo de 1996.
97 Artículo 1°.
98 Artículo 33 de la Constitución Política, según reforma practicada por Ley N.° 7880 de 1999.
99 Artículo 10 de la Constitución Española del 27 de diciembre de 1978.

establecido por la ley. Esto excluye, obviamente, la prohibición de ser juzgado por un juez *ad hoc* o un juez especial para el caso[100].

Esta exigencia que, por lo demás integra el debido proceso, inicialmente se entendía aplicable en materia penal, pero se ha ido extendiendo como garantía de todas las materias. En ese sentido, Díez-Picazo Giménez indica que **"el TC, basándose fundamentalmente en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo, ha extendido las garantías del juez predeterminado por ley a todos los órdenes jurisdiccionales"[101].** Estrictamente, según palabras de este autor, el Tribunal Constitucional Español "declaró aplicable el derecho al juez legal también en procesos civiles", pero nada obsta para entenderlo como una garantía jurisdiccional en otros ámbitos[102].

Alguna jurisprudencia constitucional ha sido renuente a aceptar el concepto de "juez natural", considerándolo más propio del *common law*, principalmente relacionado con el juez del domicilio y el derecho a ser juzgado por los pares –jurado lego-, extraño a nuestra tradición romano-germánica[103].

Más recientemente, el concepto de juez legal ha incorporado el derecho a la identidad física del juez, el cual significa el derecho a que el juez esté en mi presencia, propio de la oralidad que se ha ido imponiendo cada día más y que implica que la justicia esté presidida por el principio de la inmediación, una garantía en la que las partes pueden argumentar y contraargumentar, pueden manejar más directamente las pruebas, pudiendo, a la vez percibir o percatarse de modo inmediato sobre la independencia o sobre la imparcialidad del juez en sus actuaciones. Ya no se concibe, pues, un juez parapetado detrás de un escritorio en contacto con papeles y no con la realidad, como se acostumbre afirmar.

Derecho a la independencia del juez y a su imparcialidad. Ampliaremos aquí lo que ya habíamos adelantado en el acápite 1.2. Hay que advertir, de todas maneras, que sobre estos temas se ha reflexionado y escrito profusamente, porque seguramente es el tema judicial por excelencia.

Formularemos, pues, algunas observaciones básicas, porque hay que reconocer que se trata de temas que siguen siendo álgidos y frágiles, al punto de afirmarse que **"la falta de la condición básica de la independencia priva de sustento al entero edificio del Estado de Derecho, pues se habrá quebrado el respeto al principio de división de poderes que es uno de los elementos constitutivos"[104].**

Es un tema, pues, que genera debates de gran intensidad y en todos los niveles, ya sea en lo interno del sistema judicial, del foro, en la academia y obviamente, en la opinión pública.

En primer lugar, la praxis nos indica que cuando nos referimos a la independencia e imparcialidad de jueces y magistrados, no lo hacemos porque se trate de un derecho del juez que, por supuesto, es necesario que cuente con esa condición y un blindaje normativo que le permita realizar su función con espacios de libertad, para cumplir adecuadamente, sino que hoy el énfasis de estas dos cualidades del juez se traslada a considerarlo como una garantía para las personas.

---

100 Lo cual es diferente al juez especial en el sentido de un juez especializado por materia, que es absolutamente legítimo, en tanto, por supuesto, también sea juez previamente establecido por la ley (una variable del principio de legalidad).

101 DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ Ignacio. *El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley*. Revista Española de Derecho Constitucional, n.° 31, enero-abril de 1991, p. 88.

102 La sentencia del Tribunal Constitucional Español que cita el autor es la número 101/1984.

103 Así, la sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica ya citada, 1739-1992.

104 Merino, conf. cit.

Por una parte y, desde el punto de vista institucional, hay que señalar que todo Poder Judicial **"es una concepción política básica, que como indica Perfecto Andrés Ibáñez, tiene una función ideológica como es *la de afirmar la necesidad de un ámbito de independencia para el cometido institucional de la administración de justicia"*[105].** Aquí incluimos la independencia económica y también la coraza normativa con que se articula el funcionamiento del Poder Judicial. Tenemos que mencionar en este sentido la atribución que se otorga a los Poderes Judiciales de la iniciativa de ley en materias relacionadas con el ejercicio de su función, o la necesidad de que el Congreso les consulte de previo sobre cualquier proyecto de ley que tramite y que tenga relación con su organización o funcionamiento, quedando aquel vinculado por una opinión negativa del Poder Judicial, como sería que la eventual aprobación del proyecto en tal caso requiera de una votación calificada (art. 167 de la Constitución Política de Costa Rica). También resulta notable para la independencia judicial, el sistema de selección y nombramiento de los más altos jueces de las Cortes o Tribunales Supremos, en el que la nómina de donde finalmente el Congreso de los diputados escoge proviene de un procedimiento en que la sociedad civil tiene un protagonismo decisivo: caso de Guatemala, El Salvador, Honduras o República Dominicana.

En el caso de España, los propios jueces tienen una participación importante en el procedimiento al poder realizar propuestas o listas de candidatos, lo cual permite anticipar un mayor grado de independencia para los integrantes de la magistratura.

Por otra parte, tan importante o, si se quiere, más importante que la independencia institucional, es la independencia personal del juez que hace relación a que en el ejercicio de sus funciones, solamente está sujeto a la Constitución y la ley, en ese orden, es decir, con respeto del principio de jerarquía normativa, con lo cual el juez queda únicamente vinculado por el ordenamiento jurídico, sus principios y valores superiores. Decir independencia, pues, implica que el juez pueda actuar con una libertad a lo largo del procedimiento, si bien esa libertad está reglada, pero excluyendo definitivamente cualquier otro tipo de injerencia extraña en las decisiones que deba tomar.

Pero, independencia no significa irresponsabilidad, pues en el Estado democrático, todo funcionario –y para nuestros efectos el juez lo es- responde por sus actos.

Como la magistrada francesa Graciouse Lacaste indica: **"no estoy de acuerdo con la independencia como refugio de las incompetencias"**; debe respetarse el ámbito de decisión jurisdiccional del juez, pero **"se exige un mínimo de control democrático para permitir un funcionamiento normal de las instituciones del Estado"[106].**

Este aspecto, precisamente, permite una interesante reflexión adicional que no se realiza usualmente cuando hablamos de independencia del juez, y es en relación con la independencia interna del juez y que al decir de Daniel González, **"se trata de defender a los jueces de los jueces, pues a veces las Cortes Supremas, a través de mecanismos disciplinarios, ejercen un control indebido sobre la función jurisdiccional o la actividad del juez"[107] .**

---

105 BENÍTEZ GIRALT Rafael. *El papel del juez en la democracia: un acercamiento teórico*. Proyecto de Fortalecimiento de la capacitación inicial y continua de operadores jurídicos". Consejo Nacional de la Judicatura-Agencia Española de Cooperación Internacional, San Salvador, 2006, p. 6.

106 LACOSTE Graciouse. *Las responsabilidades de una justicia democrática*. Seminario sobre Los derechos de la persona frente a la Justicia. Centro de Estudios Judiciales para Centroamérica- Comisión de la Unión Europea-Ecole Nationale de la Magistrature, Managua, octubre de 1994.

107 Comentarios a realizados dentro de la Conferencia Internacional sobre "Independencia Judicial: Enfoque internacional, regional y nacional" que, con apoyo de la Fundación para el Debido Proceso Legal, la Fundación Internacional para los Sistemas Electorales, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas y la Asociación de Jueces por la Justicia y la Democracia fue celebrada en Lima, en noviembre de 2001.

Aspecto, como decíamos, para nada intrascendente. Más bien, resulta determinante en punto a garantizarle al juez que el juez mantenga el necesario espacio de libertad para actuar y resolver, lo que significa que no está sometido a ninguna autoridad jurisdiccional superior, salvo que sea a través de lo que se resuelva en los recursos de alzada, debida y legalmente ejercidos por alguna de las partes del proceso.

Aun así, la sujeción al derecho por parte del juez al resolver, se traduce, como Delgado Barrio indica, en **"independencia pensante"[108],** de manera que la libertad de que hablamos tiene como límite infranqueable al propio derecho, que ha de ser interpretado pero no rebasado.

De lo anterior resulta importante comentar que, por vez primera, además de consideraciones doctrinarias como las comentadas precedentemente, de estilo en esta materia, en el Estatuto del Juez Iberoamericano se incluyeron dos disposiciones que obligan a la defensa de la independencia del juez. Por una parte, la que el estatuto denomina "la defensa de la independencia judicial" en términos de que la ley **"deberá prever los mecanismos por medio de los cuales los jueces inquietados o perturbados en su independencia puedan obtener el respaldo de los órganos superiores o de gobierno del Poder Judicial"[109].**

Y avanzando en esa misma línea, ya no en el capítulo dedicado a la independencia, pero sí en el de Ética Judicial, el Estatuto incluye en un acápite llamado "obligación de la independencia", la disposición de todo juez a **"mantener y defender su independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional"[110] .**

Estas previsiones no son ociosas, surgen de la experiencia que se tiene en el campo del ejercicio de la judicatura, el cual aconseja ampliar ese "blindaje" normativo de protección. Por una parte, hace un llamado al propio juez para que tome conciencia de su papel y de la necesidad de que él mismo esté atento a resistir los ataques a su independencia; pero también recuerda que las cúpulas judiciales (órganos superiores del gobierno judicial), aunque parezca paradójico señalarlo, tienen una responsabilidad natural en defender a los jueces afectados, más que en ser ellas mismas las causantes de la infracción, como lamentablemente en ocasiones sucede.

Finalmente, mencionamos un aspecto que es causa de encendidas polémicas sobre la actitud y el comportamiento de los jueces. Es el aspecto de la apariencia, porque el juez tiene que procurar que, a los ojos de las personas, de la comunidad en que se desenvuelve, no solo debe **ser** sino debe **aparecer** como independiente. Esto resulta clave, máxime hoy en que las sospechas de irregularidades o de corrupción pululan en el ambiente, al punto de que en relación con determinados cargos públicos relevantes, casi se invierte el principio de la carga de la prueba. De allí surge la atención que merece ese aspecto.

En el Código de Ética Judicial de Costa Rica, aparece el principio incluido en el artículo 2.9, según el cual **"Los administradores de justicia deben mantener un compromiso permanente con su alta misión, como una forma de contar con el respeto de la sociedad y deben desterrar prácticas que atenten contra ello […]"[111].**

En la exposición de motivos redactada por dos expertos como son Rodolfo Luis Vigo (Argentina) y Manuel Atienza (España), el Código Iberoamericano de Ética Judicial señala con más fortuna: **"Desde esa perspectiva de una sociedad mandante, se comprende que el juez no solo debe preocuparse por "ser", según la dignidad propia del poder conferido, sino también por "parecer", de manera de no suscitar legítimas dudas en la sociedad acerca del modo en el que se cumple el servicio judicial […]"[112].**

---

108 DELGADO BARRIO Javier. *Principios y constitución. Memoria sobre el estado, funcionamiento y actividades de los juzgados y tribunales de justicia*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 20.

109 Artículo 5 del Estatuto, aprobado en la VI Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Santa Cruz de Tenerife, Islas Canarias, mayo de 2001.

110 Artículo 38.

111 Código de Ética Judicial, aprobado por la Corte Plena de Costa Rica en la sesión número 16/1999, de abril de 1999.

112 Aprobado en la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Santo Domingo, República Dominicana, en junio de 2006. Fundamento n.° IV de la exposición de motivos.

En los **"Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial",** se incorpora una disposición en el **"Valor 3 sobre Integridad, la norma 3.1.,** que dispone:

> **Un juez deberá asegurarse de que su conducta está por encima de cualquier reproche a los ojos de una persona razonable, justa y bien informada[113] .**

En forma similar lo recoge el artículo 54 del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, si bien utiliza el término "observador razonable".

En cuanto toca a la imparcialidad, siempre se hace referencia a las variables objetivas, en el sentido de que en el proceso no exista alguna circunstancia que afecte la objetividad con que el juez debe conocer y resolver la causa, como en materia penal en que un juez que deba dictar sentencia no debe haber participado en la misma causa resolviendo la situación jurídica previa del imputado y su sometimiento al proceso, o que se hubiera desempeñado previamente como el fiscal que inició la investigación.

Por otro lado, tenemos la imparcialidad subjetiva, en el sentido de que en lo personal el juez no tenga algún tipo de relación (que genere amor, odio, interés) con las partes o el objeto del proceso, lo cual le impediría un examen objetivo de la cuestión planteada ante él.

Hay otra arista de la imparcialidad, a la que Alberto Binder hace referencia, que nos interesa resaltar, pues aquí es el propio sistema legal el que incide en ella. Se trata de la situación que se presenta con el proceso penal de tipo inquisitivo, la cual aún subsiste en algunos países y coloca a la persona juzgadora en una situación insostenible, estructuralmente hablando.

Nos parece que tiene razón en su idea, ya que el caso del sistema penal inquisitorial hace que el juez o la jueza trabaje en dos sentidos contrapuestos: por una parte, el juez investiga, hace acopio de pruebas, indaga a la persona sospechosa, le imputa unos cargos y, finalmente, si tiene motivo fundado, él mismo requiere que se instruya formal proceso contra aquel, teniéndolo como posible autor responsable de un delito. Pero, por otra parte, y simultáneamente, el sistema lo coloca en la condición de ser "garante" de los derechos de la persona imputada, por ejemplo, cuando debe resolver acerca de la excarcelación. Esto produce una confusión de roles, pues por una parte el juez es en los hechos un fiscal, y paralelamente, también debe cumplir con la función estrictamente jurisdiccional y, en consecuencia, la de ser garante de los derechos del imputado.

Esto también es algo que debe llamar a reflexión, aunque sabemos que en este campo, se ha venido evolucionando positivamente a través de establecer el sistema acusatorio[114].

Pero no hay duda de que en esas condiciones, el usuario (justiciable, persona imputada) pierde garantías de imparcialidad, pues una misma persona-juez es la que lo investiga y acusa, a la vez que sería el encargado de atender sus reclamos sobre posibles violaciones a sus garantías procesales.

Esta falta de imparcialidad es muy similar a la que nuestras Constituciones sí proscriben en general, cuando mandan, por ejemplo, que **"un mismo juez no puede serlo en diversas instancias para la decisión de un mismo punto"[115].**

En todo caso y a modo de conclusión, habrá que tener presente que el concepto de independencia tiene una connotación de tipo jurídico (subordinación del juez al derecho), mientras que la imparcialidad enfatiza en la subjetividad del juez, siendo su finalidad proteger a las partes de que el juez no resuelva con base en intereses "extra jurídicos".

---

113 "Code of Judicial Conduct", United Nations and Transparency Internacional.

114 BINDER Alberto. Conferencia Internacional sobre independencia judicial, Lima, 2001. *Supra* cita 64.

115 Artículo 42 de la Constitución Política de Costa Rica.

2. Carta de derechos de las personas ante la justicia en el espacio judicial iberoamericano / Las 100 Reglas de Brasilia

Estos dos documentos o, más propiamente dicho, estos dos instrumentos, a nuestro modo de ver, marcan un hito en la conceptualización del papel que juegan los jueces, la justicia o los sistemas judiciales en el Estado constitucional y democrático de derecho, en el siglo XXI.

En ambos casos, se trata de sistematizar cómo ha de ser un funcionamiento ideal del sistema, frente a las personas que acuden en demanda de servicio, en especial las más desfavorecidas, socialmente hablando.

Se trata de documentos exhaustivos, omnicomprensivos, si pudiera decirse, de última generación. Podría decirse de ellos, algo similar a lo que Paolo Comanducci afirma de las novísimas Constituciones Políticas, en el sentido de ser **"invasivas"**, es decir, para nuestro caso con una pretensión de regular totalmente sobre lo que la sociedad espera, en el aquí y en el hoy, de los jueces y la justicia[116].

Las 100 Reglas de Brasilia (Brasilia, 2008) más exactamente tienen la pretensión de desarrollar unas prescripciones específicas para que, como la Exposición de Motivos indica, se brinde protección efectiva **"a los más débiles"**, al modo de acciones afirmativas que permitan en la praxis **vencer, eliminar o mitigar** las limitaciones que se les presentan en el acceso a la justicia. En ese sentido, estas Reglas desarrollan y les dan mayor contenido material a las declaraciones que ya estaban contenidas en la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el espacio judicial Iberoamericano (Cancún, 2002).

Las 100 Reglas de Brasilia, que bien podríamos denominar como **cien reglas de oro**, van todas directo a un problema o una situación de dificultad para estas personas en **condición de vulnerabilidad**, pero no como ellas mismas indican, para la mera reflexión, sino para plantear de modo directo "recomendaciones" a fin de que los órganos públicos del sistema de justicia y sus servidores, por una parte generen políticas y acciones para su implementación, o que se fortalezcan las que ya estén en curso, pero por otra, para que los servidores las adopten y apliquen en sus labores cotidianas.

Hay que recalcar que se insiste a lo largo del documento en que se trata de (procurar) establecer las condiciones necesarias para garantizar acceso o accesibilidad de estas personas que, por razones de muy diversa índole, de ordinario o no tendrían acceso, o se les dificultaría notablemente el acceso al sistema judicial.

Ahora bien, siendo estos instrumentos decisión de los propios Poderes Judiciales del ámbito judicial iberoamericano, lo primero que debe ponerse de relieve es la actitud de los máximos jerarcas judiciales de dar muestras de cambio, de poner en marcha una nueva y decisiva orientación para el quehacer judicial, que lo ponga a salvo de los cuestionamientos de que ha sido objeto en el pasado, muy serios y muy fundados, por cierto. Estos cuestionamientos, por otra parte, no han provenido solamente de la gente común, de las personas de a pie, como se suele decir, sino de los más ilustres juristas e intelectuales en diferentes momentos históricos.

Esa circunstancia anticipa buenas posibilidades de éxito para todo lo que materialmente implican la Carta y las Reglas, pues resulta muy importante el convencimiento de los máximos jerarcas, de que los servicios judiciales serán de calidad, especialmente para quienes han sido los más desfavorecidos o se encuentran en condiciones de vulnerabilidad. Es de esperar, por otra parte, que haya un efecto "derrame", que permita que en lo interno se logren consensos sobre las bondades de diseñar políticas en las diferentes materias y el compromiso de todos de actuar en consonancia con lo que aquellas van a exigir de cada cual en el diario quehacer frente al ciudadano.

Las indicadas normas (la Carta y las Reglas) tienen, además, una pretensión de positividad, pues resultaría grosero que se queden en el papel, flotando en un ámbito meramente simbólico, de donde deriva un deber específico de desarrollo para los Poderes Judiciales partes.

---

116 COMANDUCCI Paolo. *Formas de neo constitucionalismo. Un análisis metateórico*. En Revista ISONOMÍA, n.° 16, abril de 2002.

Así, por ejemplo, la Carta de Derechos indica en su numeral 35:

Todas las personas tienen interés en la efectividad de los derechos que se reconocen en esta Carta. Las partes que suscriben este documento promoverán la adopción de las disposiciones legales necesarias y la provisión de medios suficientes para garantizar su cumplimiento.

Además, la Carta prevé que las secretarías lleven a cabo por permanente y *pro tempore* de la Cumbre Judicial Iberoamericana, un seguimiento y evaluación permanente del desarrollo y cumplimiento de sus disposiciones. Algo que luce lógico y necesario, a fin de que con el tiempo, toda esa "nueva" ideología, que no solo la Carta, sino también las 100 Reglas reflejan, no quede como un esfuerzo fallido.

Esta actividad de seguimiento y evaluación debería "empatarse" con la previsión del numeral 100 de las Reglas que prevé una comisión en tal sentido.

Ameritaría que se vaya a algo más concreto, como se dispuso en el caso español para la **Carta de Derechos del Ciudadano ante la Justicia,** la cual obliga al presidente del Consejo General del Poder Judicial a informar anualmente al Congreso de los Diputados sobre el cumplimiento de los derechos allí contenidos.

Inteligentemente, el numeral 100 de las Reglas prevé el funcionamiento de una Comisión de Seguimiento que integrará la Cumbre Judicial Iberoamericana, con un máximo de 9 miembros, la cual será la que dinamice, la que ofrezca vías para llevar adelante las ideas y planes específicos de desarrollo.

Por cierto, estamos ante temas tan importantes, que citaremos ahora una anécdota de Costa Rica en relación con ellos. Y es que cuando se discutía en el pleno de la Corte Suprema el proyecto de Ley sobre el Estatuto de la Justicia que ya citaremos en este mismo acápite, el Departamento de Planificación, al informar acerca del punto de vista de los servicios administrativos sobre la cuestión, en cuanto al derecho que el ciudadano tiene a que **las diligencias judiciales se realicen con puntualidad**, con la más absoluta seriedad afirmó que resultaba muy peligroso consignar una disposición de ese tipo, porque expondría al Poder Judicial a nulidades de determinados actos, o incluso, a indemnizaciones por mal funcionamiento del servicio (sabiendo la administración que es proverbial la tardanza de los jueces en iniciar algunas diligencias).

Un señalamiento desafortunado de los servicios administrativos, pues refleja no solo temor al cambio, sino y más importante, a colocar al ciudadano como titular de derechos y no como un mero "beneficiario".

Ciertamente, bastantes de las previsiones contenidas en la Carta de Derechos y las 100 Reglas, ya forman parte del modo en que se cumple con otorgar justicia en los países de la comunidad iberoamericana, pero otras, sin duda están en fases menos evolucionadas.

De todas maneras, una prevención en cuanto a seguir la evolución que tenga su aplicación en lo interno de los países no es gratuita, porque por otra parte estamos ante unos instrumentos que podrían calificarse como **"soft law"** al modo que la doctrina del derecho internacional lo hace con las "declaraciones" o "resoluciones" de ciertos órganos internos de las organizaciones internacionales (Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el Consejo de Derechos Humanos de Ginebra, por ejemplo). Y como tal "derecho suave", que carece de la imperatividad propia de otro tipo de normativa internacional (el "hard law" propio de los tratados o convenios *stricto sensu*), hay que utilizar el ingenio y tratar de que a través de acuerdos o acordadas de los órganos de cúspide de los Poderes Judiciales, se les tenga como normas de aplicación interna que obligue a un desarrollo posterior de sus disposiciones, normalmente amplias, de alguna vaporosidad y que, en consecuencia, requieren de políticas y acciones específicas de ejecución, junto a recursos financieros apropiados que acompañen esa puesta en práctica.

Las Reglas exhortan a la cooperación internacional a tener presente en sus programas las disposiciones de esta normativa, lo que parece necesario para darle impulso.

Debería considerarse la verdad una tragedia que, aduciéndose problemas de cualquier tipo (financieros, de organización, etc.) algún país, algún Poder Judicial no realice los esfuerzos necesarios para diseñar y ejecutar políticas que le den esa virtualidad concreta a lo previsto tanto en la Carta de Derechos como en las 100 Reglas.

Habrá que recurrir también a una amplia estrategia de difusión (Reglas 98 y 99) dentro de los distintos países, a la manera de una política específica para poder darles la mayor eficacia posible a las reglas que se constituyen como

- un marco normativo al cual deben sujetarse quienes integran todo el sistema de justicia (sean jueces u otros funcionarios).
- a la vez que referente para las personas y la sociedad en general acerca de lo que pueden esperar y exigir de los servicios de justicia.

Aparte de la Carta de Derechos y las 100 Reglas, debe mencionarse también el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial (Cumbre Judicial Iberoamericana, Santo Domingo, República Dominicana, 2006) que tiene estrecha relación con una "nueva" cara de la justicia e implicaría revisar o en su caso impulsar los Códigos de Ética Judicial a nivel nacional de los países de la región. Este tema merecería un tratamiento específico, pero ahora nos limitamos a señalar algo que ya las personas especialistas insistentemente comentan, en el sentido de que el prestigio futuro de los Poderes Judiciales va a estar vinculado directamente a la forma en que se comporten en la parte que les toca para enfrentar temas de ética y hechos de corrupción pública, como a los mecanismos que se vayan a articular en lo interno, tendentes a prevenir o sancionar los actos de corrupción de sus mismos funcionarios.

Para comentar un caso concreto, la Corte Suprema de Costa Rica adoptó un **"Estatuto de la Justicia y Derechos de las Personas Usuarias del Sistema Judicial"**, el cual ha significado un esfuerzo de compaginar disposiciones del Estatuto del Juez Iberoamericano (VI Cumbre Judicial Iberoamericana, Santa Cruz de Tenerife, España, 2001) y la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el espacio judicial Iberoamericano (VII Cumbre, Cancún, México, 2002).

Por un lado, se prefirió que en lugar de hablar hoy de un estatuto del juez, aunque con contenidos similares, se hablara de un estatuto para la Justicia, es decir, un documento comprensivo y sistemático de las materias que están relacionadas en ambos documentos y que reflejen esa (nueva) voluntad del Poder Judicial, de adecuarse a la demanda de apertura y sensibilidad, en relación con las expectativas y deseos expresados por diversos sectores y agentes sociales, así como adaptar sus tradicionales métodos de trabajo y actitudes a esas sentidas necesidades de la sociedad, y dejar atrás una serie de "vicios" como el hermetismo, el secretismo, etc., que no compaginan con un trabajo transparente, de frente a las personas, con rendición de cuentas y que, en fin, configuren un sistema de justicia al servicio de las personas, en el que su dignidad y sus derechos, cuando acuden en su demanda, sean efectivamente protegidos, otorgándose tutela judicial efectiva, o, para decirlo en otros términos, tutela judicial plena.

Se trata, entonces de un documento comprensivo que muestra un perfil de la justicia como un todo y que implica avanzar hacia la consolidación de la independencia que, reiteramos, no se concibe como el **"privilegio de una casta"**, para usar la expresión del profesor Juan Montero Aroca, sino una garantía para el ciudadano y, complementándose con su otra cara de la moneda, la de la justicia responsable, que debe rendir cuentas de su quehacer, como corresponde al escenario de un Estado constitucional y democrático de derecho.

En resumen, se persigue que el "Estatuto de la Justicia" constituya un referente interno en la identificación de los valores, principios, institutos, procesos y recursos mínimos necesarios para garantizar que la función jurisdiccional se desarrolle en forma independiente, que defina el perfil de los jueces y las juezas en el contexto de una sociedad democrática, atentos a otorgar justicia tomando en cuenta las condiciones de las personas que acuden ante el sistema. Pero también sirve como referente, en lo externo, para que el ciudadano conozca en forma clara y precisa qué puede esperar y qué puede exigir de jueces, juezas, personas funcionarias y todo el sistema judicial.

A ese Estatuto, concebido de una manera comprensiva, y atendiendo lo que la misma Carta de Derechos dispone, se le dio forma de un Proyecto de Ley y, en la actualidad, se encuentra en la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, incluso con dictamen favorable de los Servicios Jurídicos (Técnicos) del Congreso[117].

3. LOS COSTES DEL CIUDADANO POR LOS PLAZOS DE RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO

Notas generales sobre la razonabilidad de los plazos de resolución

Una de las condiciones a que cualquier sistema judicial en el mundo de hoy debe responder es el de la celeridad. Se dispone con diferentes modos verbales, pero todos conducen al mismo objetivo: los ciudadanos, las personas, tienen derecho a que sus asuntos judiciales se resuelvan en un plazo razonable, sin dilaciones indebidas.

Este es uno de los principales reclamos a la justicia, pues la duración excesiva de los procesos es una afrenta para quien confía en la actuación legítima de jueces y tribunales.

Además, de ser un derecho constitucionalmente consagrado, ha sido reconocido universalmente, pues se ha incorporado también en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos. Para el caso europeo, el artículo 6.1. del Convenio para la Protección de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales (Convenio de Roma, 1950), y para el americano, el artículo 8.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969).

Se atribuye a Lucio Anneo Séneca una frase tan lapidaria como la de que **"nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía"[118]**. A partir de este aforismo, seguramente se han inspirado las frases que luego han pasado a ser de uso cotidiano tanto en español **"justicia tardada, justicia denegada"**, como en inglés (Jeremy Bentham) **"justice delayed justice denied"[119].**

De esta forma, la jurisprudencia constitucional ha llegado a establecer que existe un derecho a la sentencia justa, porque el debido proceso (la tutela judicial) reclama la vigencia de ciertos principios como el **"principio *pro sententia*"**, que es consecuencia de entender que las normas procesales existen, deben interpretarse y aplicarse para facilitar la Administración de Justicia, no para obstaculizarla, lo cual a su vez implica que los requisitos procesales y, especialmente, las inadmisiones de cualquier naturaleza deben utilizarse restrictivamente y a texto expreso, mientras que **debe interpretarse y aplicarse extensivamente y con el mayor informalismo posible, todo aquello que conduzca a la decisión de las cuestiones de fondo en sentencia; por lo demás, las infracciones procesales solo deben dar lugar a nulidades relativas y, por ende, siempre subsanables, mientras no produzcan indefensión[120].**

Una actitud de ese tipo por parte de jueces, juezas y tribunales es lo que hemos venido insistiendo que forma parte de una justicia democrática o en democracia, justicia que haga posible la solución del conflicto y de una manera óptima, economizando tiempo, dinero y sufrimiento a los litigantes[121].

117 Artículo 35 de la Carta dispone que "[…] Las partes que suscriben este documento promoverán la adopción de las disposiciones legales necesarias y la provisión de medios suficientes para garantizar su cumplimiento".

118 VERNET i LLOBET Jaume. *Las dilaciones indebidas*. En *Constitución y justicia constitucional*. Jornadas de Derecho Constitucional. Consejo Consultivo-Agencia de Cooperación al Desarrollo de la Generalidad de Cataluña y Centro de Estudios y Formación Constitucional Centroamericano. Barcelona, 2008, p. 155.

119 La expresión se atribuye a Jeremy Bentham. Vid. CHIARLONI, Sergio. *Giusto proceso, garnzie processuali, giustizia della decisione.* En *La ciencia del derecho procesal constitucional* (Tomo X, Tutela judicial y derecho Procesal). *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar (coordinadores). UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Marcial Pons Editores, México, 2008, p. 63

120 Sentencia constitucional costarricense número 1992/1739 *supra* citada.

121 Se atribuye a la Sra. Sandra Day O'Connor, magistrada de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, una frase en el sentido de que "los tribunales deberían ser donde terminen los conflictos y no donde estos empiecen", la cual aclara lo que de hecho en ocasiones sucede en tanto la sentencia que se dicta en un caso, no solo no lo concluye definitivamente, sino que más bien prolonga el conflicto.

Adicionalmente, está de por medio el principio de seguridad jurídica, pues el hecho de que las causas permanezcan abiertas *sine die*, resultaría contradictorio con una vertiente de la misión de la justicia que es dirimir los conflictos jurídicos entre las personas.

Pero justicia "pronta", justicia "sin dilaciones indebidas" o justicia en "plazo razonable", como equivalentes, constituyen todos los conceptos jurídicos indeterminados que requieren un ejercicio adecuado por parte de la persona juzgadora para establecer caso por caso, si ha habido incumplimiento, utilizando como criterios para establecer si el juez, la jueza o tribunal ha incurrido en violación del mandato o no, fundamentalmente son tres:

(1) **la complejidad del asunto;** (2) **el comportamiento de las partes**; (3) **el desempeño del juez o de la jueza o tribunal a cargo del asunto base; y** (4) **las consecuencias que pueda tener para la persona afectada.**

Se trata de criterios importantes, pues no se puede medir igual la duración de un proceso complejo por la materia que involucra, por el tipo de pruebas que requiere o por el número de personas o entidades que litigan en el caso, que otro relativamente más sencillo; ni se podrá examinar con el mismo rigor la duración de un proceso en el que las partes han actuado razonablemente a lo largo de la tramitación, que otro en el que haya habido muchísima actividad litigiosa (incidentes, recursos, etc.). Finalmente, también entra en juego el desempeño que el juez, la jueza o tribunal haya tenido en el proceso, para establecer si la duración sobre la que se reclama es atribuible a deficiencias o errores de ellos o no.

Estos son los parámetros que, *mutatis mutandis*, se vienen aplicando en nuestros países, fundamentalmente por la gran influencia que en esta materia la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (el Tribunal de Estrasburgo) ha ejercido especialmente con la sentencia del caso de los señores Zimmermann y Steiner contra Suiza, del 13 de julio de 1983, en la cual se declaró que la duración de tres años y medio de un proceso jurisdiccional local constituía una violación al Convenio de Roma. Decimos influencia, para el caso de la América Latina, porque tratándose de los países que forman el Consejo de Europa, la jurisprudencia del tribunal ha ido formando una doctrina que en la práctica debe ser aplicada por los tribunales nacionales.

Podemos agregar dos aspectos adicionales importantes sobre este tema. Uno es que en sede de un tribunal internacional es más fácil obtener una indemnización pecuniaria directa cuando se constate una violación de este tipo. En la práctica, cuando el tribunal encuentra una violación al artículo 6.1 del Convenio (norma que obliga a resolver los procesos en plazo razonable), discrecionalmente condena al Estado infractor al pago de sumas por tal concepto.

Otro aspecto que resulta interesante es que en esos casos no es necesario establecer una autoridad nacional como responsable de la dilación indebida, sino que a quien se sanciona es al sistema legal-procesal de un Estado, considerado como un todo, porque es él quien falla en brindar el servicio de justicia con eficiencia.

Y, por supuesto, son inatendibles las razones de tipo económico y de falta de recursos para atender una demanda desbordada, o que no se cuenta con personal suficiente, entre otros, porque precisamente esas circunstancias acreditan que el Estado ha incumplido sus obligaciones internacionales asumidas, de otorgar justicia sin dilaciones indebidas o en plazo razonable.

En estos casos, como Óscar Sarlo indica, ha fallado la labor de evaluar las necesidades del servicio para proyectar presupuestos que, en el caso de la justicia:

> **requiere una elevada capacidad de abstracción y de poyección estratégica, parecida a la de quienes proyectan los servicios de educación, o plantan árboles o diseñan ciudades. Porque los resultados de un servicio jurisdiccional no se pueden pensar para un ejercicio financiero, ni siquiera para un ejercicio de gobierno; se evalúa y decide para generaciones […][122].**

122 SARLO Óscar. *Presupuesto, justicia y contralor. Análisis y crítica del régimen presupuestal del art. 220 de la Constitución uruguaya*. Facultad de Derecho, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1992, p. 37.

Por eso mismo, ya citábamos y compartíamos el criterio de que el derecho a la debida organización de los servicios jurisdiccionales forma parte del núcleo e integra el derecho de acceso a la justicia (tutela judicial)[123].

Este es un tema tan importante que, en la Segunda Conferencia sobre la Justicia en el Mundo Árabe, celebrada en El Cairo, en el 2003, la jueza representante de Francia comentó que en su país se estaba pensando seriamente en indemnizar a las partes por las demoras "injustificadas" en dictar la sentencia de fondo por parte de los tribunales[124].

Ahora bien, establecida (normalmente en un proceso de amparo) una violación al derecho de obtener sentencia en un plazo razonable, la consecuencia inmediata, como el Prof. Vernet señala, es ordenar el cese de la paralización que causa el retardo en el proceso jurisdiccional de base, y si el proceso está terminado, solo cabe la indemnización, pues no procede la restitución *in natura*[125].

En el caso de Costa Rica, toda sentencia estimatoria en vía de amparo constitucional, basada en la constatación de dilaciones injustificadas en un proceso no es excepción, y por consiguiente, trae aparejada la condenatoria en abstracto contra el Estado al pago de costas, daños y perjuicios causados con la violación, liquidables en ejecución de sentencia ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Eventualmente, si ha habido culpa o negligencia grave de parte del juez o de la jueza, con la sentencia de amparo podría incluso sobrevenir una condenatoria en lo personal para el pago de los daños y perjuicios.

Específicamente sobre los costes de la tardanza en resolver

El programa Banco Interamericano de Desarrollo-Poder Judicial de Costa Rica financió una investigación realizada por el Posgrado en Administración de Justicia de la Universidad Nacional, tendente a evaluar lo que se llamó "El Impacto del Retraso Judicial en Costa Rica".

Esa investigación corresponde al año 2002, y se llevó a cabo con base en revisión de expedientes judiciales y una encuesta entre los y las protagonistas del sistema de litigación, valga decir, jueces, juezas, abogados y personas usuarias del sistema. En nuestra opinión, se trata de un documento que no solo por lo reciente, sino por lo completo de la medición (materias y personas consultadas) nos puede dar referentes importantes sobre este punto tan sensible.

Los datos obtenidos muestran que la lentitud de los procesos puede obedecer en unos casos a prácticas dilatorias, atribuibles a los abogados, y en otros, a problemas dentro del Poder Judicial mismo.

Señala que esa lentitud trae aparejadas consecuencias negativas importantes para ciertos sectores de la sociedad que, para enfrentar y sobrellevar un proceso judicial, deben "dejar de lado (léase posponer) durante un tiempo prudencial proyectos personales o familiares como construir su vivienda, comprar un vehículo u otros, sin que ello les asegure que al final saldrán victoriosos".

En otras ocasiones, enfrentar y sobrellevar un proceso le implica a la persona tener que "solicitar créditos de emergencia a veces pagando intereses muy altos, ya sea para pagar abogados o para solventar las necesidades básicas de su familia"[126].

---

123 *Supra* nota 39.

124 SIRE-MARIN Evelyne. *Asociación de jueces*. París, Francia. 21-24 de febrero de 2003, El Cairo, Egipto.

125 Op. cit., p. 183.

126 *Evaluación del retraso judicial en Costa Rica*. Posgrado de Administración de Justicia en Centroamérica y Panamá: enfoque sociojurídico", Universidad Nacional, Heredia, Costa Rica, diciembre de 2002, pp. 29 y s.

Se desglosaron los problemas detectados y, como denominador común, se indica que

> **se da una reducción sensible del gasto familiar; es decir, que la lógica con que opera la persona de escasos recursos y que enfrenta un proceso judicial, es reducir sustancialmente todo el gasto destinado para la familia, ya sea en lo alimentario, el vestido, la vivienda, la educación, la salud, entre otros aspectos[127].**

En cuanto a las implicaciones socioafectivas, también se detectaron problemas de las personas usuarias del sistema que experimentaban sentimientos variados como **"preocupaciones y angustias permanentes, desconcentración, desmotivación, insomnios, disgustos frecuentes, tristezas, estrés sentimientos de humillación, sentimientos de engaño, etc."[128].**

El retraso (retardo), mora o morosidad judicial, ya sea que obedezca a prácticas dilatorias e indebidas de los abogados, o por deficiencias organizativas o estructurales de los Poderes Judiciales, o, peor aún, que en ello influya la actitud o conducta de jueces, juezas y funcionarios judiciales, resulta vergonzoso para una sociedad que, como apuntábamos en boca de Pedro Lemebel, desea "entrar feliz al Tercer Milenio".

Y es que no se debe perder de vista, tampoco, un hecho que calificados autores apuntan, y es que "el atasco de casos judiciales y la consecuente mora para su resolución, es un estímulo para la corrupción y genera una amplia desconfianza en el sistema"[129].

La situación de retraso causaba un perjuicio adicional al ciudadano en países como Costa Rica, en donde hasta hace poco los tribunales se negaban a reconocer la "indexación" (no convencional) en caso de prestaciones dinerarias, con base en no contar con regulación legal que los habilitara.

Así, no fue reconocida sino hasta una sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la cual aplicó principios generales del derecho como son la necesidad de reparar íntegramente el daño, o el equilibrio en las contraprestaciones establecidas, o la prohibición del abuso del derecho y el enriquecimiento injusto.

Ya hoy la indexación tiene asidero legal, pero se ve que la actividad de los jueces y las juezas fue por delante de la ley, aplicando normas no escritas del ordenamiento y sentando un paradigma muy importante en la creatividad jurisdiccional[130].

Los estudios realizados, como el citado de la universidad costarricense, con lo importante que son, en la medida que nos ponen en frente una realidad extremadamente cruda, no cuantifican lo que significa el retraso judicial socialmente hablando, como para otros casos lo han hecho, por ejemplo, con el fenómeno de la corrupción, a través de la incidencia que pueda tener en el PIB de un país.

Y si bien no se cuantifica, sin duda debe ser cuantioso. En realidad, todos perdemos, porque la ineficiencia con que se comporte el sistema judicial significa desperdiciar recursos que harán falta para atender otras importantes funciones (fines) del Estado[131].

---

127 Ibíd.

128 Ibíd., p. 31.

129 RODRÍGUEZ C. Juan Carlos y WILSON Bruce M. La reforma judicial en la era de la globalización: la Corte Constitucional como contrapeso. Versión preliminar del artículo para ser presentada en la reunión anual de la Latin American Studies Association, Dallas, 29 de marzo de 2003.

130 Sentencia n.° 1016 de las 9:30 horas del 27 de noviembre de 2004.

131 Encontramos un amplio panorama sobre las cuestiones generales del funcionamiento de la justicia y los procesos de reforma o modernización judicial en los primeros años noventa, en *Justicia y desarrollo en América Latina y el Caribe*. Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D. C., 1993.

Gratuidad, oralidad y conciliación intraprocesal

La gratuidad debería ser un objetivo de cualquier sistema de justicia, de donde nos pronunciamos en contra de la existencia de tasas o contribuciones que se imponen a las partes que litigan en tribunales, ya sea por el uso de los servicios o por cuenta de las sumas de dinero que obtengan en sentencia.

Algunos de los principales obstáculos que el ciudadano tiene para acceder a la justicia son los costos que debe asumir para ello. Ya lo hemos reseñado *supra*, pero debemos ampliar nuestra opinión en el presente acápite: la falta de medios, la pobreza más específicamente, se constituye en el principal obstáculo para el acceso a la Justicia.

Piénsese en los altos índices de pobreza de la mayoría de las poblaciones en el ámbito latinoamericano y podremos imaginar cómo estará incidiendo esa condición en el acceso a la justicia. La pobreza trae aparejadas otras consecuencias negativas, como la ignorancia (falta de educación) que margina a las personas del disfrute de los servicios públicos, y el de la justicia no es la excepción. Contra esto debe lucharse incesantemente, promoviendo políticas que favorezcan la cercanía de la justicia o que se ofrezca asistencia legal gratuita.

Son pocas las jurisdicciones en que se le permite al ciudadano acceder directamente y sin intermediario alguno para demandar o responder a una demanda. Se puede citar como ejemplo a la del trabajo, pero aun así hoy mismo se impulsa la necesidad de ofrecer en estos casos, sobre todo a la parte débil de la relación laboral, el trabajador, un servicio letrado gratuito, ya que permitirle a la persona trabajadora defender por sí misma sus derechos es lanzarla a una lucha muy desigual. Resulta inhumano, aunque así ha funcionado por mucho tiempo.

Los costos que implica litigar en materias como la civil, la contencioso administrativa, la de familia, prácticamente desmotivan a la ciudadanía y se convierten en una barrera para acceder a la Justicia.

Hay países que marcadamente apuestan por establecer mecanismos de patrocinio letrado gratuito para las personas de escasos recursos.

Así, la Constitución Política de la República Federativa del Brasil, de 1988, dispone en lo que corresponde: "El Estado prestará asistencia jurídica íntegra y gratuita a los que demuestren insuficiencia de recursos"[132].

En España funciona el turno de oficio, con la coordinación entre tribunales y Colegio de Abogados para que la persona que lo necesite pueda contar con patrocinio letrado a cargo del Estado. El abogado recibe una remuneración –tal vez atenuada, pero remuneración- y la parte litigante recibe servicio profesional. En algunos casos, se exige una cierta experiencia en el abogado que participe en estos programas, de por sí voluntarios para los abogados, a fin de que no se utilicen para "ganar experiencia" por profesionales recién incorporados a la carrera.

Estos sistemas son de excepción, porque demandan una inversión importante, y aunque en ocasiones se escuchen reclamos de los profesionales porque no son pagados adecuadamente.

La inmensa mayoría de nuestros países –al menos en América Latina- no han podido desarrollar programas de esta naturaleza, lo que coloca en condiciones de desamparo a un universo de personas muy importantes. Basta pensar en países que cuentan con índices de pobreza del 30%, 40% o más de su población, qué se puede esperar para ese conjunto poblacional en relación con el acceso a la justicia?

En un reporte sobre acceso a la justicia relacionado con Perú, Beatriz Mejía encuentra que los servicios más apreciados socialmente son los de la justicia de paz, por la cercanía y la facilidad con que se obtienen. Pero señala que al ocuparse estos jueces no profesionales de asuntos menores, cuando se trata de otros que deben ir a la justicia formal, aparecen obstáculos como los geográficos que hacen casi imposible que las personas puedan encontrar tutela judicial, al no contar con medios para acceder a ella[133].

---

132 Artículo 5°, numeral LXXIV.

133 MEJÍA MORI Beatriz. *Investigación sobre acceso a la Justicia en Perú*. En *Acceso a la Justicia y equidad*. Banco Interamericano de Desarrollo-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp. 251 y ss. (op. cit.).

La investigación hecha en la República del Ecuador refiere que la mayor parte de los servicios diseñados para facilitar el acceso a la justicia a las personas sin medios económicos se encuentran vinculados al sector privado y a las universidades. Los servicios estatales son más bien limitados y deficientes[134].

Pero deben considerarse como mecanismos menores y con limitaciones, otros servicios que también existen, como el caso de "consultorios jurídicos", o "bufetes populares", generalmente a cargo de las universidades o facultades de Derecho, porque en la práctica se trata de estudiantes de la carrera de leyes que asumen casos de una persona de escasos recursos, con lo cual no es realista esperar un desempeño adecuado, ya que es natural que el estudiante tenga limitaciones en el desempeño de sus tareas, que no haya ni siquiera un profesional "director" del consultorio, y se tiene sobre sí la carga de decenas de estudiantes y estos, a su vez, cuentan con centenares de casos. En fin, se le da una asistencia legal muy limitada a la persona de escasos recursos, siendo doblemente sacrificada.

Existe también, prácticamente a nivel continental y para la materia penal la Defensa Pública, que en general creemos que ha mostrado un buen desempeño en la defensa de los derechos de las personas imputadas. No obstante, en el pasado algunos investigadores del tema han formulado crítica a sistemas de este tipo en cuanto a la saturación de trabajo que los profesionales encargados tienen y las deficiencias en la organización del servicio[135].

En general, puede decirse que hasta hoy, la víctima ha tenido menos posibilidades de contar con una representación apropiada en juicio. Las mujeres, los y las miembros de las poblaciones originarias (etnias), los y las menores tendrán dificultades similares, pues no cuentan con posibilidades de tener representación ni patrocinio letrado a cargo del Estado[136].

Puede afirmarse que, con pocas excepciones, en este campo se presenta aun un déficit de justicia que clama por mayor definición en cuanto a política pública y acopio de recursos. Así debe haber sido detectado por los mismos jerarcas judiciales que están dando pasos importantes en sentido de rectificar.

En cuanto a los **medios alternativos de solución de conflictos**, ciertamente contamos con leyes que permiten o posibilitan el uso de esos mecanismos extra judiciales, alabados en tanto les permiten a las partes encontrar directamente la solución a su conflicto sin que ninguna de ellas se considere vencedora o vencida.

Aunque estos medios de solución se presentan con ventaja en relación con el proceso jurisdiccional en el sentido de que, en efecto, son los "dueños" del conflicto quienes tienen la última palabra, y no un tercero como sería el juez o la jueza, lo cierto es que se trata de mecanismos también costosos, no necesariamente al alcance de las masas; por ende, son en cierta forma elitistas.Tal es el caso de la mediación, especialmente.

Y si nos referimos al arbitraje, este es un mecanismo generalmente utilizado en las contrataciones de importante contenido económico y concebido especialmente para que la decisión arbitral se produzca en un plazo razonable, ciertamente más reducido que el de un proceso jurisdiccional. Pero evidentemente el costo de estos procesos es alto.

Algunos autores rechazan lo que han denominado "la desjudicialización de la justicia" y abogan por fortalecer la justicia estatal, previniendo acerca de las consecuencias de bajar los esfuerzos por mejorar lo que se tiene[137]. Es un señalamiento que deberá tenerse en cuenta.

---

134 SIMON Farith, op. cit., p. 79.

135 Vid. PÉREZ PERDOMO Rogelio. *Justicia y pobreza en Venezuela*. Monte Avila Editores, Caracas, 1985. Habrá que tomar en cuenta que el citado estudio tiene más de veinte años de realizado, pero a lo mejor refleja algunas inconsistencias que aun hoy puedan exhibir algunos servicios judiciales en la región, no necesariamente solo en el país objeto del estudio.

136 Vid. *Acceso a la Justicia y equidad*. Banco Interamericano de Desarrollo-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, op. cit.

137 ANTILLÓN MONTEALEGRE Wálter. *Jurisdicción y resolución alternativa de conflictos*. En *Justicia alternativa en Costa Rica*. Colegio de Abogados, San José, 1995.

Nos parece sí, conveniente, fortalecer la conciliación *intra* procesal, es decir, la que corre dentro del mismo proceso y a cargo del juez o de la jueza del caso, o de otro juez/funcionario especializado y, si se quiere, distinto, para que aquel no se "contamine". Esta opción mantiene intacto el derecho de las personas de acceder a la Justicia, pero en aras de una finalización rápida del conflicto, hay una participación activa de la jurisdicción en procura de que las partes obtengan una solución consensuada.

Esta opción requiere, nos parece, una preparación adecuada de las juezas y los jueces, no acostumbrados a este papel de facilitadores de la solución compartida; pero también requiere una formación específica de los propios abogados, generalmente enemigos de que los asuntos terminen rápido en cuanto ello signifique una merma de sus ingresos.

Finalmente, en cuanto a **la oralidad**, podemos indicar que las experiencias son dispares en la mayoría de nuestros países. Para empezar, en Iberoamérica, somos herederos de una cultura de la escritura, y han sido pocos los avances que se han venido dando para el tránsito a la oralidad como forma preponderante de los procesos jurisdiccionales.

En el campo procesal penal es donde más se han producido avances en tal sentido. Pero, también aquí, la cultura de la escritura tiende a mantenerse presente, si no hay verdadera formación de los jueces en el nuevo sistema, o el sistema mismo no se adapta a la nueva modalidad (salas adecuadas, sistemas de video, etc.).

El proceso penal acusatorio potencia la oralidad, pero aun así se filtran actitudes y criterios del viejo sistema que tiende a llevarlo todo a la forma documental, a lo escrito. Citaremos una reciente sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, la cual estimamos que es muy relevante en este punto, ya que proviniendo de un tribunal de casación, a los que tradicionalmente se les vincula con viejos ritos procesales, más bien sale al paso de lo que está sucediendo en los procesos penales con esta materia y sienta importantes criterios para el futuro.

Esta sentencia señala entre otros extremos destacados:

> **Es importante detenernos en un aspecto que mencionó y criticó verbalmente la Licenciada… durante su exposición en la audiencia de casación ante esta Sala, esto es, la tendencia reiterada de los tribunales penales de exigir durante el debate a los testigos, que rindan su declaración a partir de una especie de *"dictado"*, interrumpiéndolos constantemente cuando la fluidez de su narración dificulta o imposibilita escribir de manera literal su contenido […] El propio tribunal limita la espontaneidad de la deposición, a efecto de que realice una narración más lenta y pausada para así poder digitar en la computadora y poner por escrito lo que en ese momento está diciendo la testigo […] En efecto, en el sistema procesal vigente (de corte marcadamente acusatorio) la audiencia del juicio, fase esencial del proceso, reviste una naturaleza esencialmente oral, lo que precisamente permite darle un efectivo cumplimiento a los demás principios que imperan en dicho modelo procesal, esto es, la inmediación, la celeridad, la publicidad, la continuidad y el contradictorio. Si ello es así, es fácil comprobar lo impropio de esa práctica viciada en la que han caído los tribunales penales de la República, al exigir que la persona deponente, en contra de las características propias e inherentes de la exposición verbal (fluidez, espontaneidad, agilidad, sencillez, claridad, naturalidad, etc), de modo forzado tengan que detenerla a cada momento a fin de que el juez la plasme por escrito, todo lo cual constituye un motivo improcedente e ilegal de interrupción. Si el funcionario no tiene la capacidad o destreza de ir digitando a la misma velocidad que depone el testigo, es claro que entonces, debería tomar nota a mano y en un momento posterior debe transcribir esa minuta. Esta práctica afecta el normal curso de la oralidad de la audiencia, constituye una irregularidad y lo deseable sería que no ocurriera, máxime que los tribunales no están obligados a transcribir la totalidad de las declaraciones y las argumentaciones orales, sino sólo los aspectos fundamentales en que se sustentan […][138].**

138 Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, número 2003/00257, de las 11:20 horas del 25 de abril de 2003.

Eso tendría características de mayor gravedad, cuando las audiencias quedan grabadas en video de respaldo.

En otros campos, particularmente el civil, se trabaja intensamente en algunos países para adoptar códigos procesales orientados principalmente a la oralidad, al llamado **"proceso por audiencias"**, un poco influenciados por la experiencia de la República Oriental del Uruguay (1989), aunque ya Brasil había iniciado esa experiencia en 1973.

Las audiencias, en este tipo de diseño procesal, facilitan un curso organizado y claro de los procedimientos; pero fundamentalmente potencian y les dan una presencia activa a importantes principios del moderno proceso, como son la inmediación, la concentración y la publicidad[139].

En efecto, a pesar de que no se ha avanzado lo suficiente en este campo, nadie pone en duda que la oralidad trae consigo una serie de virtudes, ya que facilita que haya contacto directo entre las partes y la persona juzgadora, que las partes expresen de modo convincente sus posiciones en frente de la otra (inmediación-contradicción-lealtad), que se tomen las decisiones a continuación de la audiencia (concentración-economía procesal), y aunque sin agotar la lista, también un elemento o principio que resulta insoslayable para la sociedad actual y que tiene que ver con la publicidad que permite al ciudadano ejercer más eficazmente un control sobre la actividad jurisdiccional y, especialmente, lo que toca a la independencia e imparcialidad del juez o de la jueza, ya que las sentencias no se dan a puerta cerrada, ni fuera de lo que ha sido escuchado y visto en la audiencia.

Y la persona juzgadora, por contrapartida, habrá de actuar de modo más prevenido, escuchando a las partes y resolviendo de frente al ciudadano. Aquí, ni más ni menos, aparece el elemento democrático, porque ya no estamos ante la jueza o el juez ausente, parapetado tras un escritorio, sin contacto con la realidad, sino con una persona juzgadora viva que responde de cara a las personas.

4. MEDICIÓN DE LA CALIDAD DEL SERVICIO DE JUSTICIA

El experto norteamericano en capacitación judicial, Paúl Li, afirmaba que "la calidad de la justicia no puede ser mayor que la calidad de los jueces"[140].

Pero, bien puede parafrasearse esa certera frase, pues hay que aceptar que la calidad de la justicia (como producto) no puede ser mayor que la calidad de la organización total del sistema. Ya apuntábamos en un capítulo precedente que la justicia era horizonte, que nos obligaba cada vez que culminábamos una meta, a proseguir y cumplir con otra, en un proceso continuo y dinámico.

Y a fin de no caer en la improvisación o en la formulación de políticas que no cuentan con respaldo técnico, conviene idear mecanismos o instrumentos que nos permitan saber cómo estamos haciendo las cosas, y comparar y formular los cambios o los ajustes que las circunstancias aconsejen.

Esto requiere entonces diseñar políticas para medir en términos de eficiencia el rendimiento de los jueces, las juezas y de las oficinas judiciales como tales. En el caso de las personas juzgadoras mucho se ha ido avanzando al establecer modelos que anualmente permitan calificar el desempeño obtenido.

Hasta tiempos recientes, el régimen disciplinario era el medio por excelencia para atacar lo que se podría considerar "mal" desempeño; es decir, ineficiente o inadecuado de frente a lo que se esperaba institucionalmente del juez o de la jueza. En ese escenario, los sistemas de supervisión e inspectoría judicial son los que han jugado un papel protagónico.

---

139 Vid. *La gran reforma procesal*. ZELEDÓN ZELEDÓN Ricardo (editor). Corte Suprema de Justicia-Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia. Editorial Guayacán, San José, Costa Rica, 2000.

140 Lí Paúl. *Reporte sobre capacitación judicial en Estados Unidos*. En *El saber de la Justicia*. de Silvana Stanga. Talleres Gráficos La Ley, Buenos Aires, 1996, p. 127.

No obstante, lo que ahora se plantea es "evaluar" la forma en que el juez y la jueza se han desempeñado durante un determinado período de tiempo, con unos criterios y unos baremos lo más objetivos posibles.

Por supuesto, queda descartado un objetivo disciplinario o represivo, al menos como eje filosófico del sistema.

Medir, evaluar o calificar cómo se desempeña un juez o una jueza, a través de un sistema objetivo y previamente normado, ojalá como fruto de una reflexión previa, oyendo a todas las personas interesadas en el tema, tiene como objetivo principal descubrir el nivel de idoneidad para el cargo que los jueces y las juezas evidencian. Si el nivel que resulta de la evaluación es bajo, lo que haría falta es ofrecerles al juez y a la jueza un mecanismo propio para que se superen, y ese mecanismo es el de la capacitación.

Las personas juzgadoras que no obtengan una calificación (nota) satisfactoria pasarán por procesos de capacitación en las materias en que claramente experimentan problemas en su desempeño, que pueden ser de diversa índole, pero hay que estar preparados para ese proceso *ad hoc*, que seguramente deberán ser aprovechados por grupos de jueces y juezas en la misma condición.

Pensamos en situaciones en donde se pone de manifiesto alguna carencia del juez y de la jueza para "motivar" las sentencias o para "valorar" la prueba, lo que claro está, se puede detectar a través de que instancias superiores revoquen o anulen reiteradamente sentencias que haya dictado. En esos casos, habrá que diseñar módulos de capacitación a los que se someterá al juez o a la jueza; pero son mecanismos que deberán contar con personal especializado (personas juzgadoras de experiencia y profesionales en este tipo de educación), pues en esto, como en tantos otros aspectos, no se debe improvisar.

Solamente para el caso de que un juez o una jueza no responda siquiera a esta capacitación *ad hoc*, como indicamos, entonces surge la posibilidad de aplicar otro tipo de medidas, puesto que el sistema, y más aún, los ciudadanos no tienen por qué soportar a jueces y juezas que no tienen la idoneidad o "competencia" referida por las Constituciones Políticas como exigencia para acceder a los cargos públicos, o los mismos instrumentos internacionales de derechos humanos.

El artículo 22 del Estatuto del Juez Iberoamericano parte de un esquema como el indicado, al disponer: **"En garantía de la eficiencia y calidad del servicio público de justicia, puede establecerse un sistema de evaluación del rendimiento y comportamiento técnico profesional de los jueces".**

Y el 23 a su vez señala:

> **El desempeño inadecuado o ineficiente en el ejercicio de la función jurisdiccional, debidamente acreditado mediante procedimiento legal y reglamentariamente establecido, que prevea la audiencia al juez, puede conllevar la aplicación de períodos de capacitación obligatoria o, en su caso, la aplicación de otras medidas correctivas o disciplinarias[141].**

Guatemala y Puerto Rico están desarrollando programas en el sentido dicho. Costa Rica, a través de un proyecto de intercambio de buenas prácticas, en el marco de EUROsociAL, donde participan Francia y Bélgica, está tratando de encontrar las bases teóricas y operativas que le lleguen a permitir la puesta en marcha de un programa de este tipo, que evidentemente adquiere carácter de urgencia, pues si bien todos aspiramos a la excelencia en el servicio de la justicia, no puede encontrarse tal excelencia en el vacío ético-técnico-profesional de las personas juzgadoras y del funcionariado judicial, en términos amplios.

En cuanto a las oficinas judiciales y a la organización de los servicios judiciales, debemos mencionar que se va un poco más atrás. Ciertamente, las reformas judiciales en marcha en el ámbito iberoamericano, algunas de ellas en fase avanzada, han tenido en cuenta muy primordialmente lo que tiene que ver con la gestión de los despachos judiciales (oficina judicial, el tribunal, según cada país) y la gerencia de los tribunales, aspectos que evidentemente tendrían que repercutir en la eficiencia y la calidad de los servicios. Pero harán falta en el

141 Aprobado en la VI Cumbre Judicial Iberoamericana, Santa Cruz de Tenerife, España, mayo de 2001.

diseño fórmulas apropiadas para medir en la realidad, cuál ha sido el impacto de la reforma y, a la vez, detectar las debilidades que se experimenten.

Algunos jerarcas judiciales están pensando que la organización de los servicios de justicia (la oficina judicial, los archivos, oficinas de recepción de documentos y evidencias, centros de notificación, etc.) debe pasar por una calificación de calidad más internacional, más estandarizada o más confiable, según se vea, como la calificación ISO 9001 o similar y, en el caso de las Escuelas Judiciales, otras modalidades como el Premio Baltrich. En cualquier caso, de lo que se trata es poner todas las actividades del quehacer judicial bajo el microscopio y medir la calidad de los resultados de los subsistemas de organización y de gestión, a fin de evidenciar la calidad del desempeño de la institución o la oficina respectiva.

De hecho, en la IV Asamblea de la Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales, celebrada en Río de Janeiro, en mayo de 2007, se analizó ese tema, aunque al no contarse con elementos suficientes para tomar una resolución sobre el particular, se acordó seguir estudiándolo para poder encontrar una propuesta satisfactoria para el ámbito judicial de la región y la posibilidad de desarrollar este tipo de programas que certifiquen la calidad del servicio que se presta.

Incluso se ha pensado certificar individualmente las diferentes oficinas judiciales, con lo cual se tendría el estímulo de ser los mejores entre muchos, y esto podría acompañarse de recompensas de tipo económico como "pluses" salariales para el caso, o alguna distinción honorífica que se establezca. Se promovería, por otro lado, una sana competencia entre diversas oficinas o sectores que adoptarán fórmulas para superarse y mostrarse como eficientes y cualitativamente superiores.

Pero, aun sin recurrir a ese tipo de certificaciones, los sistemas de justicia deberán realizar un esfuerzo para cumplir con ese ejercicio de autoevaluación, preferiblemente a través de procesos científicamente diseñados y en donde se acopien información y opiniones de diversas fuentes, para que no sea un mero acto de autocomplacencia.

Este sería un deber que se asume como parte del compromiso con la ciudadanía, en tanto constituye una vía para rendir cuentas de cómo se aprovechan los recursos públicos (de los contribuyentes) en el servicio judicial. Y esto vuelve a poner a la justicia en la ruta del ejercicio democrático, porque los ciudadanos pueden protestar si encuentran irregularidades o aspectos inconvenientes en el quehacer de los órganos encargados de liderar al sistema. Incluso, las Defensorías del Pueblo, las Defensorías de los Habitantes o las Procuradurías de Derechos Humanos aquí tienen una voz importante, porque normalmente tienen asignada una atribución consistente en la defensa de los derechos humanos, de modo que podrían recoger el malestar ciudadano acerca de cómo se están prestando los servicios de justicia, y en paralelo cómo se utilizan o mal utilizan los presupuestos públicos en ese campo.

5. PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Participación de la ciudadanía en la impartición de justicia

Los sistemas judiciales son hoy, afortunadamente, más transparentes en su accionar, tienen más vocación de mostrarse a la ciudadanía que lo que fueron hace treinta o cincuenta años. De ello no hay duda. En países como Brasil o México, las actividades judiciales tienen cobertura directa a través de un sistema de televisión propio.

Pero, además, se han tornado más inclusivos, de modo que podemos afirmar que los ciudadanos en ocasiones son parte esencial en el ejercicio de la función jurisdiccional propiamente dicha. Tenemos un buen ejemplo en el sistema de jurados que funciona al menos en materia penal y para algunos delitos muy específicos. En países como El Salvador, Nicaragua y Panamá, existe un sistema de jurado para ciertos delitos, generalmente graves (homicidio, tráfico de drogas).

No entraremos a analizar y menos a enjuiciar esta institución, pues el curso no se dirige a ello; pero queremos poner de manifiesto cómo a través de él hay una justicia que históricamente se estimó más democrática, pues se trata de que el ciudadano sea el que juzgue al ciudadano.

La revisión de la Magna Charta nos refleja qué importancia se le dio allá por 1215 a este instituto, y entenderemos por qué ha permanecido como parte de un "derecho natural" de las personas, si bien con clara raigambre anglosajona, si bien ha sido incorporada en algunos de nuestros países.

En España se usa el jurado, pero con la variante de "escabinado", es decir, un jurado compuesto por personas legas, de la sociedad civil, junto a jueces profesionales. Francia, desde tiempo anterior tiene en funcionamiento este mismo tipo de jurado. Pero este país, además, en algunas materias, tiene jurisdicciones en donde jueces de carrera a la par de jueces provenientes de la especialidad que ostenta la jurisdicción, imparten justicia. Así, es el caso de la justicia comercial.

Participación ciudadana en la Administración de Justicia

Hay otra vertiente en la que personas civiles participan, ya no en la impartición de justicia, sino en la administración de la Administración de Justicia, como a veces se estila decir, tal es el caso de la intervención de abogados externos (académicos o en ejercicio de la práctica liberal de la profesión) interviniendo en los Consejos de la Magistratura, como existe en Argentina, Costa Rica o en El Salvador.

Se trata de una forma, limitada aún, pero que permite a las personas usuarias del sistema judicial, externas a él, intervenir en la toma de decisión de políticas judiciales o en la mera administración del sistema de Justicia. Esta modalidad resulta muy interesante, porque allega a la toma de decisiones una visión fresca, casi de un observador externo y que, por tanto, no tiene la contaminación de quien ha permanecido dentro del sistema por mucho tiempo.

En el caso argentino, el sector científico-académico tiene directa participación en el Consejo de la Magistratura y resulta interesante descubrir que juristas de la talla de Humberto Quiroga Lavié hayan sido integrantes del Consejo, representando a su vez, al consejo interuniversitario nacional.

En Costa Rica, también abogados en la práctica liberal integran los "Consejos de Administración de Circuito Judicial", distribuidos a lo largo y ancho del país, junto a jueces y administradores puros, con lo que también encontramos aquí una fórmula en que las personas usuarias del sistema se hacen escuchar en relación con lo que estiman que no funciona bien, o sugiriendo ajustes y modificaciones en algunas prácticas judiciales, a la manera de una oxigenación del sistema.

Este tipo de modalidades no siempre se somete a escrutinio, para establecer cuál ha sido el comportamiento, qué ventajas han traído o qué dificultades han experimentado, para poder realizar ajustes o los cambios que sean necesarios.

Creemos, de todas maneras, que son buenas opciones de apertura e inclusión por parte de los sistemas judiciales.

Lo ideal sería que el sistema incorporara a personas de la sociedad civil, no solamente a abogados, porque ya sabemos que el gremio de abogados no necesariamente se identifica con las necesidades de las personas o de la sociedad civil como tal. Aun así, su participación ya es un paso en esa dirección, lo que sin duda debería profundizarse.

Participación ciudadana en la designación de magistrados de las Cortes o Tribunales Supremos

Un último aspecto, pero no el menos importante, es el que tiene que ver con la designación de los más altos jueces del Estado, los de la Corte Suprema o Tribunal Supremo de Justicia.

En países como Guatemala, El Salvador y República Dominicana, el nombramiento de magistrados de la más alta Corte, la Suprema, finalmente corresponde a un órgano político como es el Parlamento (Asamblea Legislativa o Congreso); pero la lista de la que se sirve este órgano de representación popular para los nombramientos le viene dada a través de un procedimiento de consulta previa en el que universidades, abogados, sociedad civil intervienen, en una tendencia que pretende establecer una legitimidad calificada, la que se les ha negado ocasionalmente a los magistrados supremos en el pasado.

En **Guatemala**, la Constitución dispone que serán electos por el Congreso de la República para un período de cinco años, de una nómina de veintiséis candidatos propuestos por una **comisión de postulación** integrada por un representante de los rectores de las universidades del país (quien preside), los decanos de las Facultades de Derecho del país, representantes electos por el Colegio de Abogados y Notarios, representantes electos por los magistrados titulares de la Corte de Apelaciones y de otros tribunales de la misma categoría[142].

En el caso de **El Salvador**, la nominación viene de un proceso abierto en el cual Colegios y Asociaciones de Abogados y Universidades proponen candidatos, pero las listas llegan al Consejo Nacional de la Judicatura, que es el que elabora la nómina que se envía al Congreso. Se ha diseñado el sistema de esa manera, porque el Consejo Nacional de la Judicatura está conformado por representantes de la academia, de la judicatura y de los abogados, de modo que, teniendo esa vocación pluralista, se creyó necesario encargarle la delicada tarea de elaborar la nómina de candidatos que llega al Congreso y sobre la cual los diputados deben elegir a los magistrados de la Corte Suprema.

En **Honduras**, también la Constitución dispone que el Congreso Nacional nombra a los altos magistrados, pero de una lista elaborada por una **junta nominadora** de amplia integración que incluye a un representante de la Corte Suprema de Justicia, un representante del Colegio de Abogados, un representante del Consejo de la Empresa Privada, el comisionado nacional de los derechos humanos, un representante de los profesores de las Facultades de Derecho, un representante de las organizaciones de la sociedad civil y un representante de las Confederaciones de Trabajadores[143].

En **República Dominicana** desde una reforma constitucional de los años noventa y con la Ley del Consejo Nacional de la Magistratura, se pasó de nombramientos de marcado carácter político, a un sistema en el cual una coalición de la sociedad civil publicó un perfil ideal para los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y, a su vez, el CNM se vio en la tesitura de publicar la lista de aspirantes al cargo, por si existían en la población reparos acerca de algún nombre. Las sesiones del CNM para la selección de los magistrados fueron televisadas y, en esas condiciones de transparencia, se nombró la última integración de la Corte. Esta, a su vez, inició un proceso de evaluación de todos los jueces que encontró en servicio, y abrió un concurso público (oposición) para llenar todas las plazas de juez. Aunque parece poco, al menos un 32% de los jueces que existían al momento de ingresar la nueva Corte Suprema fueron confirmados en sus puestos. A partir de allí, ha habido cambios y mejoras en el sistema judicial dominicano, lo que ha sido reconocido públicamente.

6. UTILIDAD/NECESIDAD DE LA PLANEACIÓN ESTRATÉGICA EN LOS PODERES JUDICIALES

Sobre la planeación estratégica

Habíamos indicado que en el Poder Judicial se requiere un esfuerzo de abstracción y de proyección estratégica para esperar determinados o concretos resultados, pues hay que poner una brújula para saber hacia dónde se marcha, por qué rumbo se enfila el quehacer de la justicia. Es la planificación o planeación estratégica, tan indispensable para no correr el riesgo de incurrir, como algunos gráficamente señalan, en un movimiento constante, pero similar al de una hamaca, el cual no permite el despegue o el avance.

142 Artículo 215 de la Constitución Política.
143 Artículo 311 de la Constitución de la República.

Está claro que la planeación estratégica no significa una lluvia de ideas, sino un proceso de reflexión que permita radiografiar al sistema y descubrir qué metas nos proponemos, a través de qué medios, para qué propósitos y en qué plazos.

Además, no es un ejercicio de la cúpula judicial. Con algunas experiencias satisfactorias, hemos aprendido que hay que involucrar a diversos sectores dentro del sistema, para tener mejor visión de lo que se pretende hacer. Es, en ese sentido, un proceso democrático y, por tanto, más propenso a obtener identificación y respaldo en el funcionariado, quien lo percibe como una construcción propia y no una imposición vertical.

La planeación es una formulación de políticas y ciertamente corresponde al órgano que por Constitución y por Ley cumple ese rol dentro del sistema; pero eso para nada se opone a un proceso de consulta y participación que la legitime, que la presente como una empresa compartida y de co-responsabilidad entre diversos órganos o sectores que componen el sistema.

Se requiere contar con un control del proceso presupuestario, tanto en la fase de formulación, como en la de ejecución. Dado que generalmente la justicia tiene claro y garantizado un porcentaje del presupuesto nacional para el cumplimiento de sus fines, está en condiciones de definir para qué quiere ese universo de recursos, previo el diagnóstico de situación y una primera proyección de acciones a futuro.

La planeación debe tener incorporadas fases de verificación y de evaluación, para poder establecer en qué medida llegaron a satisfacer los objetivos propuestos y cómo deberán reformularse las políticas para más adelante. Otra vez aquí aparece el símil del horizonte en movimiento (Fix-Fierro).

Se puede optar por planes estratégicos que comprendan un período amplio, como bianuales o quinquenales, los cuales tienen la ventaja de obligar a los jerarcas de la justicia que planifiquen al menos para el mediano plazo. Para cada objetivo, el Plan Estratégico señala en primer término un **"tema estratégico"** a satisfacer, luego **"acciones estratégicas"** a través de las cuales se intentará lograrlo, acompañado de un **"cronograma"** y quién o quiénes son los **"responsables"** de llevarlo adelante. Y así sucede con cada uno de los temas seleccionados como prioritarios ser incluidos en el plan.

Creemos que se trata de una disciplina institucional muy útil y necesaria para nuestro entorno que nos muestra no siempre disciplinados y no siempre pensando en grande y menos en visualizarnos como servicio dentro de dos, cinco diez o más años. Esto al final nos va a dar un perfil y una identidad específica en el universo de las instituciones públicas.

Seguramente sea por eso que en el Informe del Estado de la Nación, un programa independiente que en Costa Rica mide anualmente a las instituciones y sus políticas públicas ha indicado que el Poder Judicial es el que más desarrollo ha tenido[144].

Y no está mal, como se ha comentado en lo interno de los propios Poderes Judiciales, que, dada la disciplina que a todos los y las integrantes del sistema exige la planeación estratégica, en paralelo los jerarcas hacen con sus planes y más aún con sus logros, lo que la gallina hace cuando pone un huevo: "cacarear" y llamar la atención sobre esos importantes sucesos, con el objeto de dar a conocer que se está brindando un mejor servicio a la ciudadanía.

En ese sentido, deben aprenderse y emprenderse estrategias de comunicación apropiadas, quedando atrás las conductas de ensimismamiento, de mutismo del que el Poder Judicial ha padecido históricamente, aunque ya se notan cambios.

Evaluación de resultados

En paralelo a la planeación, deben existir procesos de evaluación institucionales periódicas que midan resultados, especialmente sobre si las previsiones de los planes estratégicos han sido cumplidas o no.

144 *Estado de la Nación en desarrollo humano sostenible*. X Aniversario, San José, 2004, pp. 330 y ss.

Conociendo qué sí y qué no, es más sencillo encontrar fórmulas para volver a planificar de modo más realista, o bien fortaleciendo la fase de cumplimiento, para citar dos variables.

En Costa Rica, se promulgó recientemente la Ley de Control Interno que obliga a toda la administración (y el Poder Judicial en cuanto ejerce administración) a realizar al menos una autoevaluación anual que permita establecer cuál es su desempeño y cómo se manejan los recursos de frente al servicio que se presta a la ciudadanía. Esta práctica es muy saludable para lo que ahora se exige a las entidades públicas: responsabilidad y rendición de cuentas.

Afortunadamente, puede decirse que se aprecia una clara vocación en ese sentido, pues se tiene claro que el sistema debe recuperar el tiempo perdido y, lo que es más importante, credibilidad.

7. ESTÍMULOS AL FUNCIONARIADO JUDICIAL

Si bien, no debemos tener duda alguna de que la Justicia es un servicio (servicio público), y que como tal debe prestarse en condiciones óptimas, lo cierto es que también hay que trabajar mucho para que se retribuya a las personas integrantes del sistema su desempeño de un modo apropiado al carácter esencial que la función jurisdiccional tiene.

En la práctica, el funcionariado judicial, empezando por los jueces y las juezas, es sometido a exigencias o condiciones más rigurosas que a los de otras ramas del poder público, y en ese sentido, pueden citarse procesos de formación previa (de muchos meses de duración), y una vez en servicio, capacitación permanente, deberes éticos muy puntuales, motivación de sus actos, etc.

Salarios

La organización de la oficina judicial (el tribunal) y los servicios de apoyo (unidades de notificación, centros de recepción de documentos, etc.) están concebidos de manera tal que todo y todos funcionen como una empresa, pues contribuyen –el que más, el que menos- a que la Justicia pueda ser percibida como un bien para la ciudadanía o, por el contrario, como un obstáculo al bien común.

Por esos motivos, resulta de la mayor justicia que el régimen y la política de salarios del Poder Judicial sean autónomos y se diferencien del que se utiliza para los demás sectores del poder público. No es extraño saber que, en muchos casos, jueces y otros funcionarios del sistema están sometidos a presiones muy grandes, incluso sufren amenazas de muerte. Pero se pueden mencionar casos en que el juez, la jueza o la persona funcionaria judicial han sido asesinados por su condición. Piénsese en los momentos en que se ha pasado por una dictadura, o durante conflictos armados internos, o en los casos en que está de por medio el crimen organizado (en que participan grandes mafias de tráfico de drogas o personas).

Previsión constitucional

En todo caso, existen previsiones (garantías) de tipo constitucional y hasta convencional que así lo contemplan.

La posición del constitucionalismo argentino ha sido muy aplaudida en ese sentido, la cual no solo en su Constitución Nacional, sino en las provinciales, de vieja fecha ha incorporado la garantía de "irreductibilidad" de los salarios de los jueces como una forma de garantizarles independencia y mantenerlos alejados de presiones económicas, para nada deseables en un mundo con tantas tentaciones.

En la Constitución de 1994, la garantía consiste en que la remuneración de los jueces de la nación **no podrá ser disminuida en manera alguna mientras permanezcan en funciones[145].**

145 Art. 110 Constitución Política de la nación, enmienda del 22 de agosto de 1994.

Esa irreductibilidad no solo es entendida como la que nominal o materialmente pueda operarse en relación con las remuneraciones de los jueces, la cual sería la más abierta y grosera, sino también la jurisprudencia argentina ha encontrado violación a la garantía en casos en que se imponen cargas tributarias en exceso a los jueces que en los hechos les produzcan una merma.

Como punto de partida para que se cumplan en la realidad previsiones como la indicada, debe tomarse en consideración la existencia de autonomía económica de los Poderes Judiciales, como el caso de que se les reconozca por Constitución un porcentaje (ojalá mínimo) del presupuesto general del Estado. Tales son los casos de Argentina, Costa Rica, El Salvador, Panamá y Venezuela[146].

Pero otro requisito necesario, para que estemos en presencia de una opción viable, es que el órgano de gobierno (Corte Suprema o Consejo de la Magistratura) tenga reconocida en el ordenamiento la potestad para decidir con autonomía sobre la política de salarios en lo interno del Poder Judicial, sin quedar sometido a directrices generales emanadas del Poder Ejecutivo a través de órganos especializados como el Ministerio de Hacienda o una Dirección de Presupuesto.

Declaraciones y convenciones internacionales

El Estatuto del Juez Iberoamericano se ocupa de esta importante cuestión, al establecer que "los jueces deben recibir una remuneración suficiente, irreductible y acorde con la importancia de la función que desempeñan y con las exigencias y responsabilidades que conlleva[147].

Se ha subrayado el término "irreductible", porque en la redacción de la norma, se visualiza muy bien el transplante a todo el ámbito iberoamericano de la tradición argentina en la materia.

El Estatuto también llama la atención a los Estados para que ofrezcan a los jueces acceso a un sistema de seguridad social y garantía de que a la conclusión de sus años de servicio reciban una jubilación, o en caso de daños personales, familiares o patrimoniales, reciban una indemnización adecuada (art. 33).

Ya los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, desde 1985, entre otros aspectos básicos, enfatizaban la necesidad de que la ley garantizara **"una remuneración, pensiones y condiciones de servicio y de jubilación adecuadas"[148].**

Algunos estudios acreditan que la carrera y la función judicial no gozan de aprecio en muchos países del área latinoamericana. Salarios bajos y condiciones deficientes para desempeñar el cargo tienen un reflejo inmediato en mala imagen pública y aprecio débil por la Justicia.

No está clara la relación entre salarios adecuados e independencia judicial, pero parece existir la sensación de que es así, y que elevando los salarios de los jueces también se facilita la participación de un mayor número de aspirantes calificados desde el punto de vista profesional, que a la larga experimentarán mayor gratificación en el desempeño de sus funciones y públicamente se les tendrá en mejor estima. Al menos, esta es una variable que entra en juego en relación con el prestigio de carrera y la función jurisdiccional.

No puede dejar de mencionarse que, en algunos países, las condiciones de presión y amenaza en que los jueces y las juezas desempeñan sus cargos también son elementos que pueden disuadir a algunas personas de participar en procesos de selección.

En un estudio realizado por la Universidad de Salamanca en Centroamérica, se consigna este esclarecedor pasaje:

146 Centro de Estudios de Justicia de las Américas. *Reporte sobre la Justicia en las Américas 2004-2005.* Santiago de Chile.

147 Artículo 32 del Estatuto.

148 Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985 y confirmados por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en sus resoluciones 40/32 del 29 de noviembre y 40/146 del 13 de diciembre, ambas de 1985. Capítulo relativo a las **Condiciones de servicio e inamovilidad.** Numeral 11.

Otro aspecto considerado importante por la investigación fue conocer el clima en el que los miembros de la judicatura ejercen su trabajo. Para ello, se les pidió que indicasen si habían sufrido amenazas o intentos de soborno intentando condicionando su conducta. En todos los países, casi el 50 por ciento de los entrevistados mencionaron haber recibido amenazas en el ejercicio de su cargo. En el caso de Guatemala, el porcentaje asciende al 60 por ciento. Los intentos de soborno son también destacados por un importante sector de los entrevistados en cada país. Costa Rica contrasta en este aspecto con el resto de países, ya que tan solo el 19.2% de los entrevistados lo mencionó, frente a valores en torno al 40% en El Salvador, Honduras y Guatemala y el 54.4% de los miembros de la judicatura en Nicaragua […][149].

Reconocimientos diferentes a los salariales *sensu stricto*

Aparte del aspecto salarial, que de por sí es básico en el reconocimiento de la importancia de las funciones que los jueces y las juezas llevan a cabo especialmente, y que, por tanto, debe estar acorde con ese valor que se le da a la función jurisdiccional, hay otro tipo de reconocimientos que también pueden significar estímulo para quienes se desempeñan en el sistema:

a) En primer lugar, ciertos rubros que al final también llegan a integrar el salario, pero que funcionan en adición, como sería pagar un porcentaje del salario por cada cierto período de años (bienio, quinquenio) que el funcionario permanezca en el puesto;

b) pago de un determinado porcentaje del salario a título de dedicación exclusiva o pago de prohibición por no ejercer liberalmente la profesión que se ostenta, tal el caso de las juezas y los jueces letrados que no pueden a la vez ejercer liberalmente la abogacía;

c) se paga también un rubro denominado REF (reconocimiento por el ejercicio de la función y las exigencias que el desempeño del cargo conlleva);

d) se utiliza también el reconocimiento de algún puntaje que a su vez se traduce en incremento de la remuneración, ya sea por "carrera administrativa", o "carrera profesional" en su caso, por cursos de capacitación, posgrados obtenidos, etc.

e) Cuando con base en la independencia económica que se le reconoce, el Poder Judicial maneja su propio sistema de pensiones y jubilaciones, el producto o rentabilidad del "fondo" que se va acumulando para atender esos rubros puede ser utilizado, como se ha dado en diferentes momentos, para apoyar un programa de capitalización de una cooperativa judicial, o para financiar un programa de adquisición de vivienda o mejoramiento de la que se tiene, todo en condiciones más flexibles que las que rijan en el mercado.

f) También hay países en donde se les facilita a los funcionarios de la Administración de Justicia adquirir fincas o instalaciones donde ubicar un centro de recreo para sus jueces, juezas y funcionarios.

Son variables que, sin duda, pueden contribuir a hacer atractivo pertenecer a la función jurisdiccional y que hagan oferta laboral, o participen en los concursos u oposiciones, personas o profesionales calificados[150].

149 "La Justicia vista por los jueces: diagnóstico del funcionamiento de los sistemas judiciales centroamericanos". Universidad de Salamanca-Agencia Española de Cooperación Internacional-Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2004, p. 74.

150 Resulta interesante mencionar que en 1986, el Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), la Agencia Internacional para el Desarrollo del gobierno de Estados Unidos de América (USAID) y el Centro para la Administración de Justicia de la Universidad Internacional de la Florida (FIU) realizaron un Estudio Sectorial de la Administración de Justicia en Costa Rica y encontraron a través de encuestas realizadas, que el 29% de los jueces reconocieron haber ingresado a la judicatura atraídos por los salarios que el Poder Judicial paga.

8. COMPROMISOS O PACTOS DE ESTADO POR LA JUSTICIA

En el sistema de división de poderes (división de funciones), la potestad de administrar justicia le corresponde al Poder Judicial. Es, además, una función de ejercicio exclusivo[151].

> La teoría de la separación de Poderes tradicionalmente se ha interpretado como la necesidad de que cada órgano del Estado ejerza su función con independencia de los otros. Si bien no pueden darse interferencias o invasiones a la función asignada, necesariamente deben producirse colaboraciones entre Poderes […] El estado es una unidad de acción y de poder, pero esa unidad no existiría si cada Poder fuera un organismo independiente, aislado, con amplia libertad de decisión, por lo que en realidad no se puede hablar de una división de Poderes en sentido estricto; el poder del Estado es único […]. Lo conveniente es hablar de una separación de funciones, es decir, de distribución de ellas entre los diferentes órganos estatales[152].

Y, ciertamente, hoy corresponde hablar de división de funciones, pero en colaboración o coordinación de los Poderes. La Constitución Política de Colombia lo expresa de la mejor manera: **"Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines"[153].**

Es desde esa perspectiva y aceptando que el Poder Judicial ha sido el más conservador de los tres Poderes clásicos en su forma de ser y hacer, es que no sin timidez, ya se notan pasos conducentes a la colaboración entre Poderes para realizar cambios normativos y operativos en materia judicial.

Esa colaboración no puede darse sobreentendida en el juego social de los Poderes, pues en ocasiones más bien el ambiente es de tensión entre el Legislativo y el Ejecutivo con el Judicial, de allí que se ha preferido la firma de documentos *ad hoc*, llámense Pactos de Estado o Compromisos de Estado, eso sí, a favor de la Justicia.

Tenemos algunos ejemplos en España, Honduras o Costa Rica.

España

El 28 de mayo de 2001, se firmó el "Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia" que, a nuestro modo de ver, tiene carácter muy particular. En primer término, porque siendo ese país una democracia (monarquía) de tipo parlamentario, los dos partidos mayoritarios suscriben el documento, en este caso: Partido Popular (PP) y Partido Socialista Obrero Español (PSOE), el primero como "gobierno" y el segundo como "principal de oposición", todo en el ámbito del Congreso de los Diputados que, por ese motivo, se convierte en el centro de actividad para su impulso. En segundo lugar, tiene señalamientos específicos, objetivos a cumplir, que la dota de una visión si se quiere realista, con lo que podemos decir que no tienen razón –al menos en este caso– los críticos de este tipo de opciones que más o menos nos dicen que se trata de puro nihilismo, algo "gaseoso".

Así, por ejemplo, entre las prioridades que allí se señalan, está la elaboración de una Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia, fundada en principios de transparencia, información y atención adecuada, así como que establezca los derechos de las personas usuarias de la Justicia.

Esa prioridad que se le asignaba a la adopción de la Carta llevó a que muy pronto, para el 16 de abril de 2002, el Pleno del Congreso de los Diputados la aprobara por unanimidad, como "proposición no de ley".

---

151 Debe mencionarse el estatus especial que por Constitución la justicia militar en algunos países tiene. No obstante, hay ocasiones en que esa justicia ha propendido a exceder el límite de sus competencias, asumiendo para sí casos que posteriormente se detectó que habían sido indebidamente sustraídos de la jurisdicción ordinaria. Puede consultarse lo acaecido en el caso "Barrios Altos" que finalmente zanjó una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

152 Sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica, número 1994/584.

153 Artículo 113 párrafo 3.

Este pacto ha sido tan importante, que una detenida revisión de documentos como la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el espacio judicial Iberoamericano o las 100 Reglas de Brasilia que ya hemos comentado en esta unidad nos permiten descubrir la existencia de un ligamen con aquel. Es decir, que sin que se tuviera en consideración ese propósito cuando fue concebido el Pacto para la Reforma de la Justicia en España, muy poco tiempo después parece estar irradiando sus efectos –y creemos que para bien– sobre el ámbito judicial de toda la región iberoamericana.

Debemos advertir una cierta cautela en las apreciaciones que se puedan dar al respecto, porque está claro que, en el ámbito iberoamericano, en ningún momento se ha trabajado como si en efecto se estuviera desarrollando en un espacio ampliado, un plan diseñado para un Estado específico. A lo mejor, como ya hemos indicado en otra parte de esta unidad, sea exacto que estamos ante "la hora" de la justicia, algo inescapable, impostergable, dado el momento histórico que vivimos, donde se exigen transparencia y calidad en los servicios, y de su desempeño, se exigen simultáneamente cuentas y responsabilidad a los funcionarios a cargo.

Pero que las ideas y programas que se generan y desarrollan en un país lleguen a influenciar lo que haga en otro u otros no nos debe extrañar. La fuerza de las ideas es tan poderosa que la historia misma de la humanidad nos lo muestra con creces, al punto de que aunque parezca exagerado, Arnold Toynbee decía que nada de lo que hacemos hoy es realmente nuevo, pues de seguro hay una acumulación de conocimientos que sirven unos a otros en ese continuo que es la creatividad humana.

Piénsese solamente en lo que sucedió en el llamado período de la Ilustración y cómo literalmente irradiaron luz e ideas novedosas en el campo de la ciencia política y del derecho público. Cuando se estudia a Montesquieu, puede encontrarse en él la influencia de Locke, del mismo modo que también se afirma que César Beccaria estudió y se influenció por las ideas de Montesquieu. Los pensadores de la Revolución norteamericana, estuvieron muy al día con la evolución del pensamiento político en Europa. Pero otro tanto sucedía en la América hispana. La evolución de las ideas políticas en Europa no solo sirvió –como naturalmente debía suceder- para reforzar las acciones políticas y el nacimiento de un verdadero constitucionalismo en el llamado viejo mundo, sino también en el nuevo mundo, ya fuera anglosajón, ya hispano parlante.

Por eso, los vínculos que en el sentido señalado podrían haber ocurrido no serían extraños ni peligrosos. Lo importante es que a estas alturas, los jerarcas de los Poderes Judiciales o de los Consejos de la Judicatura de toda la región iberoamericana, por consenso y hasta podría decirse que con entusiasmo, han ido tomando las decisiones correspondientes para colocar a los ciudadanos en el centro del quehacer de la Justicia y posicionarlos en sus derechos al entrar en relación con el sistema.

Valdría citar la situación de Argentina, ya que el Gobierno de la Nación (federal) inició el programa que denominó "Carta Compromiso con el Ciudadano" (2000) que, con declarado carácter de documento público, tendía a comprometer la prestación de los servicios públicos del Estado con altos estándares de calidad, a la vez que reconocía derechos a los ciudadanos para exigirles en esos términos[154]. Es un documento de singular importancia, porque exige que los órganos encargados del servicio informen sobre la variedad de servicios a su cargo; la forma en que se puede acceder a ellos; que se comprometan a prestarlos con niveles de calidad adecuados; que se comprometan a mejorarlos en su caso; fija modalidades de participación ciudadana en la gestión, evaluación y control del desempeño institucional y establece los mecanismos para la corrección, apelación y reparación cuando la organización no respete los derechos o no cumpla los estándares fijados[155].

154 En el documento de base para el citado programa, se reconoce expresamente que, desde 1991, las Cartas Ciudadanas han adquirido una importancia significativa para mejorar la interacción entre la Administración Pública y la ciudadanía. Menciona infinidad de países que han adoptado ese tipo de cartas, entre ellos España. De este modo el Pacto que hemos venido mencionando podría, a su vez, tener un antecedente en una experiencia más general relacionada con los servicios de las administraciones públicas y no específicamente con la Justicia.

155 "Programa Carta Compromiso con el Ciudadano. Marco conceptual". Subsecretaría de la Gestión Pública, Jefatura de Gabinete de Ministros. República Argentina.

Debe destacarse que, como se trata de un documento base -marco conceptual del programa- da orientación específica para la ejecución de un conjunto de actividades, distribuidas en etapas conducentes a sus respectivos productos: en una primera, para elaborar la Carta Compromiso institucional, conforme al perfil del servicio; una segunda que tiene como objetivo verificar resultados de la prestación del servicio y solución de los problemas que se hayan detectado; y en la tercera etapa se produce un informe anual de avance, se evalúa y se califica. Cada etapa está constituida por actividades específicas que llevan al producto que se deriva de ella.

Ya para el año 2004, algunos servicios del Estado estaban adoptando una tercera Carta Compromiso con el Ciudadano (CCC), dentro de esa idea aplicable a cualquier servicio público en el que la calidad o los más altos estándares de cumplimiento son "horizonte" y no "objetivo", se pensaba ya en diseños de prestación del servicio más inclusivos, con sistemas de gestión innovadores, etc., ya que el reto de este tipo de programas (y de ello participan los de la Justicia) están en la necesidad de institucionalizarlos, pues no pueden concebirse como algo pasajero o una ocurrencia, y fortalecer los mecanismos de participación, en tanto se requiere ir construyendo –aunque paso a paso- cohesión social y credibilidad en lo que las instituciones públicas hacen.

Nos interesa recalcar un caso concreto de aplicación de ese "programa" que, como indicamos, fue generado en el ámbito del Poder Ejecutivo de la República Argentina, ya que dio base a un "Convenio" firmado entre la Jefatura del Gabinete de Ministros de la Nación y el Foro Patagónico de los Tribunales Superiores de Justicia, en el 2003, con el que se puso en marcha un **Programa de Modernización del Estado en el Sector Justicia**, el cual incluía la elaboración de una carta compromiso para los derechos del ciudadano de la Patagonia ante la justicia; organización y racionalización de las oficinas judiciales, con estándares de rendimiento; informatización de la gestión judicial, infraestructura, equipamiento y capacitación continua, y, finalmente, comunicaciones electrónicas interjurisdiccionales, firma digital.

Tanto el Gobierno federal, como el Foro Patagónico de Tribunales Superiores se obligan a aportar financiamiento "concurrente", y el primero, a facilitar cooperación y asistencia técnica e intercambio internacional que conduzca al conocimiento de modelos de organización de la justicia, de modo que se puedan dar los cambios de mejora en lo interno del país.

Estimamos de la mayor trascendencia este tipo de colaboración, transparente y puntual entre distintos Poderes del Estado, o como en el caso argentino, entre el Ejecutivo federal y un conjunto de Tribunales de Justicia provinciales, porque les coloca un acelerador a los procesos de reforma o modernización que, sin duda, serían más lentos con la sola idea en cabeza del judicial[156].

Honduras

En este país centroamericano, los presidentes de los tres Poderes del Estado, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, firmaron un pacto en mayo de 2002, dentro del marco de un seminario sobre independencia judicial, y el objetivo principal del documento fue el compromiso del Legislativo y el Ejecutivo de garantizar y reconocer la independencia del Poder Judicial y de la función jurisdiccional. Su Ilustrísimo, el Cardenal Rodríguez, firmó como testigo de honor del compromiso, y se ha distinguido por su beligerancia pública contra la corrupción y aprovechó aquel momento para destacar la importancia del compromiso y la necesidad de que se respete la independencia de los jueces, y la urgencia de que nuestras sociedades vivan en un marco que propicie el funcionamiento adecuado de la Administración de Justicia.

Al parecer, y aunque sea por lo pronto, este compromiso ha tenido efectos claros, pues han cesado las polémicas que en el pasado se daban con frecuencia entre jerarcas de los distintos poderes, lo que, como sabemos, generalmente afecta más al Poder Judicial, el cual no está preparado para mantener ese tipo de discusiones públicas y ve mermada su credibilidad.

156 Ley N.° 3830 Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia, provincia de Río Negro, Argentina.

Costa Rica

En el caso de este país, en diciembre de 2003, se firmó el Pacto por la Justicia, el cual forma parte de un extenso proceso en el cual, bajo el auspicio del Colegio de Abogados, se desarrollaron investigaciones, foros, encuestas y estudios de especialistas, tendentes a elaborar una agenda nacional de reformas a la justicia del país. El compromiso consiste en la decisión de acompañar –o apoya– el proceso de establecer esa agenda de reformas, y los presidentes de los tres Poderes del Estado lo suscriben; pero como testigos de honor firman representantes del propio Colegio de Abogados, ministros de Estado, la presidenta de la Asociación Costarricense de la Judicatura, representantes del mundo académico, etc. Por supuesto, la Corte Suprema de Justicia tuvo participación en todo el proceso.

Es un documento claro, a la vez que simple en su propósito. Y aunque no cuenta con alguna previsión en relación con el monitoreo o seguimiento del desenvolvimiento posterior, lo cierto es que ha servido para que los resultados de las investigaciones y actividades que el Colegio de Abogados llevó a cabo, se constituyeran en insumo para que la Corte Suprema estudiara y concluyera un paquete de reformas legales y de política pública, luego de otro extenso período de discusión que lleva algún tiempo.

Lo cierto es que, en lo que toca a la reforma legal, la Asamblea Legislativa habrá de cumplir con su compromiso, como fue plasmado en el "Pacto" indicado, y debe señalarse que ya ha dado muestra de su voluntad en algunas importantes leyes que, a instancias del Poder Judicial, ha aprobado en los últimos meses, como reformas a la Ley de Tránsito por Vías Públicas, a la Ley de Notificaciones Judiciales o la promulgación de un Código Procesal Contencioso Administrativo que, entre otros aspectos, incorpora la oralidad como eje del nuevo proceso en que se controla la legalidad de la actividad del Estado y las administraciones públicas, así como una Ley de Cobro Judicial, todas de enorme importancia.

El Pleno de la Corte Suprema tiene entre manos en estos momentos, una reforma integral a la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la Ley de Carrera Judicial, a la Ley del Ministerio Público, etc. No significa que estas leyes no hayan debido discutirse extensamente, pues hay colectivos de abogados litigantes, de la Procuraduría General de la República o de la Defensoría de los Habitantes, los cuales opinan y pueden tener criterios encontrados con algunas de las disposiciones de los proyectos de ley en cuestión.

Lo importante, es que finalmente se está culminando el proceso de la reforma legal, lo que no es tan fácil en estos tiempos, en que la producción normativa de los diputados se ha reducido, máxime si los proyectos son de la importancia del citado Código Procesal Contencioso Administrativo, por ejemplo, el cual rompe con gran parte de la tradición legal en ese campo.

Puede entonces decirse que ya existen resultados que indican que se avanza en el objetivo planeado, esto es, la reforma/modernización de los servicios de justicia[157].

Pero no hay duda de que el hecho mismo de que los máximos responsables de los diversos Poderes del Estado estén convencidos de una necesaria colaboración para impulsar esos cambios, ya es un paso importantísimo. Creemos que eso permite que el propio Poder Judicial pueda poner sobre el tapete de la discusión las ideas que en lo interno haya generado sobre diversos aspectos de la reforma, algo sin duda mejor que si se deja el espacio libre para reformas generadas desde su exterior, inconsultas y coyunturales.

157 En el caso de Costa Rica, se afirma que el proceso de reforma y modernización de la justicia se inició en el año 1995 cuando la Asamblea Legislativa aprobó un crédito otorgado al país por el Banco Interamericano de Desarrollo, por la cantidad de 11.2 millones de US dólares y una contrapartida local de 4.8 millones. Con un segundo préstamo realizado por el BID, el monto total asciende a 48 millones de US dólares. Esto se dice fácil, pero también requirió que el Poder Judicial convenciera a los responsables del Poder Ejecutivo para que el Estado (no el Poder Judicial como tal) asumiera esa deuda con el BID. De todas maneras, requirió, previamente, convencer al propio Banco de hacer el préstamo con una cierta orientación; es decir, para la consecución de objetivos establecidos por el propio Poder Judicial costarricense.

Afortunadamente, los Poderes Judiciales han ido aprendiendo a responder a las exigencias en este proceso.

Por lo demás, la doctrina ha insistido en la necesidad de que haya colaboración para encontrar salidas más consensuadas, todavía más si, como queda en evidencia de lo expuesto, se da la participación de la sociedad civil, para que no sean reformas "unilaterales", sino que cuenten con una discusión pública y participación de diversos sectores, lo que legitima cualquier tipo de política[158]. Se produce cohesión social que es un valor en ascenso en estos tiempos.

El Salvador y Guatemala

No necesariamente al estilo de los "compromisos" que hemos identificado precedentemente, pero también vale la pena citar la experiencia que se dio en estos dos países, ya que como culminación de extensos conflictos armados internos, se firmaron los llamados Acuerdos de Paz, entre el Estado y grupos beligerantes, con la participación de calificados testigos internacionales. En el caso de la República de El Salvador en 1992 y en la República de Guatemala en 1996, esos acuerdos, aparte de que han tenido la enorme virtud de haber traído la paz a esas dos sociedades, no se limitaron a ello, sino que pretendieron incidir en un cambio de la organización y funcionamiento todo del Estado, como parte de un "relanzamiento" de la democracia y del Estado de derecho que por años estuvieron bastante disminuidos, por decirlo de alguna manera.

Para los fines de este curso, estos Acuerdos de Paz tienen un significado especial, pues deliberadamente incluyeron como uno de sus ejes centrales, la necesidad de reformar el sistema judicial y, a partir de allí, se han venido dando cambios importantes, que hoy son palpables, aunque todavía se requiere ir hacia más.

En el caso de Guatemala, citaremos lo dicho por quien fuera presidente de la Corte Suprema de Justicia, quien se refirió al Acuerdo de su país en estos términos:

> **El Acuerdo sobre el Fortalecimiento del Poder Civil y la Función del Ejército en una Sociedad Democrática, suscrito entre el gobierno de Guatemala y la guerrilla, indica que *la reforma y la modernización de la justicia debe dirigirse a impedir que ésta genere y encubra un sistema de impunidad y corrupción.***
>
> Y agrega:
>
> **Por ello se convierte en prioridad la reforma judicial, *de manera que se revierta la ineficacia, se erradique la corrupción, se garantice el libre acceso a la justicia, la imparcialidad en su aplicación, la independencia judicial, la autoridad ética, la probidad del sistema en su conjunto y su modernización [...]*[159].**

Dicho por quien era entonces el jerarca máximo del Poder Judicial de Guatemala, queda claro que este tipo de esfuerzos mancomunados entre la institucionalidad y la sociedad civil son necesarios para avanzar en los cambios que nuestras sociedades han esperado –y por las que han luchado- por largo, largo tiempo.

Y aunque esos documentos no establecen lo que podríamos denominar una "hoja de ruta", al menos sirven como plataforma de inicio, yendo a un primer horizonte, aplicando el símil de Fix-Fierro, el que una vez alcanzado, nos obligará a ir por el siguiente, y así sucesivamente, uno tras otro, en la búsqueda incesante de la excelencia en la prestación del servicio, porque siempre habrá nuevas exigencias, nuevos retos y nuevos compromisos que asumir.

---

158 Ver en ese sentido Fix-Fierro Héctor y Begné Guerra Cristina. Ops. Cits.

159 LARIOS OCHAÍTA Carlos E. *Combate a la Corrupción y búsqueda de la Transparencia: un reto del Poder Judicial de Guatemala*. En la XI Conferencia Judicial Internacional, convocada por el "Center for Democracy", Washington, D. C., mayo de 2003.

Concurso ideal en el caso de juzgarse un robo agravado con pluralidad de víctimas

Mauricio Porras Loría

Introducción

Con la creación de nuestra Sala Constitucional y su entrada en operatividad a finales del siglo pasado, nuestro sistema jurídico evolucionó hacia un Estado constitucional de derecho, y así nuestra Carta Magna comienza a ser aplicada y utilizada directamente como bastión y norte de todos los tribunales que conforman el Poder Judicial, al momento de resolver los conflictos sociales sometidos a su jurisdicción.

De tal manera, lo anterior también tuvo su injerencia en el tratamiento jurídico penal de las normas sustantivas aplicadas a los casos concretos *(por los tribunales penales)*, por cuanto, se nos impuso el imperativo lógico, coherente y respetuoso de un Estado democrático de derecho, de analizar el bien jurídico tutelado en cada delito, entendiéndose que se trata de un interés humano relevante de la persona, en tanto sujetos sociales que requieren protección penal[1601], a la luz del contenido directo consagrado la Constitución Política

[1] ROJAS CHACÓN; José Alberto; SÁNCHEZ ROMERO; Cecilia. (2009). Teoría del delito. Aspectos teóricos y prácticos. Heredia. Poder Judicial, Departamento de Artes Gráficas, p. 17. Consultar en el link: http://ministeriopublico/biblioteca/manuales.html

y de acuerdo con el modelo de la política criminal diseñado por el legislador[1612].

En efecto, para el tema en cuestión, lo anterior tiene capital importancia, pues a mi parecer, al momento de resolver los casos en que un robo agravado ocurrió con pluralidad de sujetos pasivos, ha habido un incorrecto análisis sobre la naturaleza del bien jurídico "la propiedad" que ha desembocado en una incorrecta calificación jurídica; es decir, una defectuosa aplicación de la norma sustantiva, vaciándose de contenido esencial el derecho a la propiedad constitucionalmente protegido para las víctimas del ilícito, al inobservarse lo dispuesto en el artículo 45 de la Constitución Política, el cual establece y consagra en nuestro orden jurídico-constitucional el derecho a la inviolabilidad de la propiedad.

Incorrecta aplicación del bien jurídico "La Propiedad" en la solución de los tribunales de la justicia penal

Nuestros tribunales penales han seguido la línea interpretativa que de manera reiterada nuestra Sala Tercera de Casación Penal ha realizado -*la cual debe entenderse como jurisprudencia de acorde al numeral 9 de nuestro Código Civil*-, con respecto a la existencia de una unidad de acción, con unidad de infracción jurídica, en los casos en que juzga un robo agravado con pluralidad de víctimas, y se sostiene que la calificación correcta para esos casos es la de un solo robo agravado.

A manera de ejemplos, piénsese en la hipótesis de un sujeto enjuiciado por haberse presentado en las afueras de una universidad estatal, y luego de que cinco jóvenes estudiantes, sin relación alguna, se bajaron del autobús que los acaba de llevar, dicho enjuiciado se les acercó y sacó un arma de fuego, con la cual amenazó a todos, indicándoles que si no entregaban los bienes que llevaban consigo, los iba a herir de muerte. Razón por la cual, los cinco jóvenes le entregaron todas sus pertenencias, a saber: celulares, billeteras, etc. O en el caso de dos sujetos criminalizados por cuanto, mediante un plan previo y división de funciones, se subieron a un autobús que transportaba a 35 pasajeros, y mientras uno de los sujetos sacó un arma de juego, amenazó a todas las víctimas y les indicó que debían entregar sus bienes; el otro pasó por cada uno de los asientos, despojando de sus pertenencias a los pasajeros: *billeteras, bolsos, celulares, etc.* e, inclusive, se llevó todo el dinero que el chofer portaba.

Es así como casos similares a los *supra* planteados han sido resueltos, partiendo como eje central del análisis, que el bien jurídico de "La Propiedad" no es un bien jurídico personalísimo -*consideración que obviamente es correcta*-, pues su naturaleza es puramente económica y además señalando de manera periférica que se realizaron tales hechos con un propósito común y en un breve período de tiempo, por lo que existe una sola lesión al bien jurídico tutelado sin importar el número de víctimas. Por consiguiente, reitero,

---

161 [2] Para profundizar más sobre el tema de la evolución hacia un Estado constitucional de derecho, se puede consultar el artículo del señor Francisco Dall' Anese Ruiz, llamado: "Bien jurídico y democracia" que se encuentra publicado en el Cuaderno de estudio n.°5 del Ministerio Público, pp. 28-35, y es accesible mediante el link: http://ministeriopublico/biblioteca/cuadernos_de_estudio.html.

sostienen la tesis sobre la existencia de un solo delito de robo agravado con violencia sobre las personas[1623]. En todo lo anterior, soslayan la aplicación directa del numeral 45 constitucional, al momento de decidir sobre tales casos.

En realidad considero que la posición que nuestros tribunales penales han mantenido ha provocado una reducción de la tutela de "La Propiedad" a una dimensión basada en la protección de la posesión conforme nuestro Código Civil lo establece.

De esta forma, sin querer citar todos los artículos que regulan la posesión civil, a manera de ejemplo, en el numeral 854 se dispone: *"El que alegue la prescripción está obligado a probar el justo título, salvo que se trate de servidumbres, del derecho de poseer, o de muebles, en cuyos casos, el hecho de la posesión hace presumir el título, mientras no pruebe lo contrario"*, dejándose de lado la protección penal-constitucional de la propiedad de los habitantes de la República.

Así, en los robos agravados con violencia sobre las personas, la cual provoca con pluralidad de víctimas, no se da una modificación o alteración de "La Propiedad" de cada una de las víctimas, sino que acaece una disminución de los bienes de cada uno de los ciudadanos en contra de su voluntad y en forma arbitraria mediante un ataque ilegítimo.

Tutela constitucional de "La Propiedad"

Efectivamente, si bien es cierto, como señalé previamente, la indicación jurisprudencial de que "La Propiedad" no se trata de un bien jurídico personalísimo es correcta, y resulta insuficiente para la resolución de casos como el de mención. nuestro Nuestro Tribunal Superior Penal se limita a un análisis aislado de la norma establecida en el Código Penal que consider aplicable al caso en concreto, pero sin vincularla de forma directa como sería lo correcto, con el artículo 45 de nuestra Carta Magna. De tal suerte, nuestra Constitución Política dispone:

> *La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo, el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia. Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social. (El subrayado es propio).*

Se entiende de tal postulado fundamental que, sin lugar a dudas, "La Propiedad" al ser un derecho individual, tiene una protección jurídico-especial como parte de los fundamentos primarios que regulan nuestro orden positivo que le otorga un idéntico ámbito de resguardo y tutela, como si se tratara de un bien

162 3 Al respecto, se pueden consultar los votos de la Sala Tercera de Casación Penal: n.°2003-370 del 16 de mayo de 2003 y el n.°2004-448 del 7 de mayo de 2004; y aplicando el mismo juicio lógico, lo resuelto por el otrora Tribunal de Casación Penal del IICJSJ, en las resoluciones: n.°2004-192 del 26 de febrero de 2004; n.°2005-431 del 19 de mayo de 2005 y el n.° 2009-1295 del 27 de noviembre de 2009.

jurídico personalísimo -*no se trata de una transmutación quimérica a un bien jurídico personalísimo, es decir, la propiedad conserva sus cualidades y características, tales como su carácter de transferibilidad y otros, sino más bien, se trata de una asimilación en el aspecto de la protección y tutela*- por cuanto, reitero, el constituyente estableció de manera categórica que: *"La propiedad es inviolable [...]"*.

Sobre la estructura lingüística de dicha norma, considero que no es necesario entrar a darle un contenido al concepto de la propiedad, pues no es el tema cardinal de este breve trabajo. Sin embargo, sobre el concepto de la palabra "inviolable", sí considero importante darle uno. Es así como la Real Academia Española define la palabra inviolable como: "*Que no se debe o no se puede violar* (- profanar)"; y la palabra violar como: "*1. tr. Infringir o quebrantar una ley [...]*"[1634].

Asimismo, como dato importante, en la Cuadragésima Quinta Acta de la sesión ordinaria celebrada por la Asamblea Nacional Constituyente, de las quince horas y media del treinta de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve, se discutieron la filosofía y el alcance de la protección a la propiedad que para ese momento contendría el nuevo artículo 45 constitucional. En este caso, el constituyente don Ricardo Esquivel Fernández señaló:

> *[...]la igualdad entre los hombres, la libertad personal, <u>el respeto absoluto a la propiedad privada</u>, la libertad de pensamiento, el respeto a la vida humana, la inviolabilidad del domicilio, son las piedras angulares sobre las que se asienta la convivencia humana, y serán siempre las normas directrices fundamentales e invariables de toda sociedad.* (El subrayado es propio).

De tal manera, Esquivel Fernández señaló la existencia de un respeto absoluto por la propiedad privada como idea fundamental de la vida en sociedad, y equiparando la propiedad a otros bienes jurídicos como la libertad personal entre otros.

Continuado con la discusión que los legisladores constituyentes mantuvieron sobre el numeral 45 en cuestión, cabe resaltar lo señalado por el diputado Fernando Volio Sancho, miembro de la Comisión Redactora del Proyecto de Constitución Política, quien indicó:

> *[...]la Comisión Redactora del Proyecto de la Constitución Política fijó al respecto su pensamiento de la siguiente manera: "Ha sido el deseo de la Comisión que en el proyecto queden perfectamente balanceados los derechos que el individuo y el Estado tienen sobre la riqueza. En los Derechos y Deberes individuales otorgamos a la propiedad privada todas las garantías posibles [...].*

---

163 4 Consultado en el link: http://lema.rae.es/drae/?val=invoilable; a las 17:00 horas del 16/03/2015 .

En efecto, la misma Comisión Redactora de nuestra Constitución Política enfatizaba que a la propiedad como derecho individual, le otorgaron todas las garantías posibles, es decir, se trata de una visión ampliada y expansiva en cuanto a la protección que a la propiedad se refiere[1645].

Por su parte, la Sala Constitucional mediante el voto n.° 2008-8713 del 23 de mayo de 2008, señaló para lo que nos interesa:

> *La Sala desarrolla en su doctrina jurisprudencial criterios que amplían el derecho a la propiedad privada, aún más que lo señala la legislación infra-constitucional como el Código Civil, para incluir todos los intereses apreciables de un individuo, que alcancen el valor económico en otras leyes individuales. De ahí que, el contenido de la propiedad privada es la posibilidad de poseer de forma exclusiva de una cosa, de gozar de ella y disponer de la misma sin más limitaciones que las la Ley disponga o la que imponga por propia voluntad su dueño [...] pues no se puede afectar el contenido esencial sin derecho a una indemnización.*

Esta posición jurisprudencial es coincidente con la tesis de marras. Llegados a este punto, podemos derivar con categoría partiendo del numeral 45 constitucional, que a ningún administrado cobijado por la soberanía patria se le puede infringir o quebrantar ilegalmente su propiedad, sin que se violente de manera directa nuestra Constitución Política. Es decir, todos los que poseemos una propiedad debemos ser considerados individualmente como titulares de dicho bien jurídico.

Se debe destacar que la única manera en que se puede violentar o afectar la propiedad de una persona, es como el precepto constitucional bien dispone, ya sea por qué operó la condición de perecimiento del derecho real sobre la cosa conocida como la expropiación o que se aplique una limitación por existir un interés social decretado por la Asamblea Legislativa por votación calificada, *ergo*, a contrario *sensu*, no es permitido bajo ninguna circunstancia o hipótesis, que un sujeto particular violente la propiedad de otro ciudadano.

Al respecto, citando nuevamente a nuestra Sala Constitucional, se ha establecido el Principio de intangibilidad patrimonial, mediante el cual, se ha reconocido la existencia de un verdadero derecho oponible a terceros cuando se trata de la defensa del núcleo del derecho a la propiedad. Dicho análisis se enfoca en la serie de requisitos y estándares que el Estado debe cumplir para poder disminuirle su patrimonio a un

---

164 5 Se puede acceder a dicha acta mediante la página: http://elespiritudel48.org/docu/actas/ac045.htm.

administrado ante un interés declarado público[1656].

A tal efecto, es cierto que nuestro supremo órgano constitucional no ha desarrollado el citado principio desde una perspectiva de protección de "La Propiedad" ante el ataque de sujetos particulares o privados. Sin embargo, nos queda claro que ha interpretado que la finalidad de la Carta Magna es proteger y restringir de una forma especial la afectación sobre "La Propiedad" de la ciudadanía, otorgándosele contenido equiparable a un bien jurídico personalísimo; inclusive cuando exista un interés público, con más razón, podemos inferir que dicha protección se amplía y maximiza en los casos en que "La Propiedad" se vea afectada o atacada por sujetos particulares que no tienen ninguna justificación de orden constitucional o público, verbigracia: en el caso de la ocurrencia de un delito de robo.

Aplicación de un concurso ideal

Nuestro Código Penal dispone en su numeral 21 el llamado concurso ideal, el cual señala: *"Hay concurso ideal cuando con una sola acción u omisión se violan diversas disposiciones legales que no se excluyen entre sí"*.

Para comprender tal postulado, es necesario remitirnos al concepto de unidad de acción u omisión en sentido jurídico penal que en síntesis nos indica que los hechos físico-naturales o meramente mecánicos, para el derecho penal, no son valorados de forma causalista -*relación causa y efecto*-, sino que existen criterios

165 [6]Ver los votos n.° 2007-831 del 24 de enero de 2007; n.°2008-11210 del 16 de julio de 2008 y n.°2013-6638 del 15 de mayo de 2013.

para determinar cuándo debe considerar un hecho natural como una acción penalmente relevante[1667], suscitándose que varios movimientos físicos podrían ser considerados como una sola acción u omisión en el sentido antes citado.

Así, para realizar tal valoración jurídica, se deben aplicar dos factores que sirven de criterios rectores, a saber: el factor normativo que nos señala en resumen, la necesidad de analizar y atenernos a la estructura del tipo penal, y el factor final que nos impone en sinopsis la obligatoriedad de incluir en el estudio la voluntad o plan de autor; se aplican ambos, como ya se indicó, para determinar si existe o no la unidad de acción u omisión en sentido jurídico penal *(para mayor detalle ver el voto 101-F-95 del 3 de marzo de 1995, de la Sala Tercera de la Corte)*.

Ahora bien, con respecto a que no se excluyan entre sí para determinar si opera dicha exclusión o no -*que una norma desplace a otra*-, debemos dirigirnos por lo señalado en el llamado concurso aparente de normas dispuesto en el numeral 23 del Código Penal, y que encierra como criterios para su aplicación: de

166 [7]NAVAS APARICIO, Alfonso. (2011). *Código Penal de Costa Rica.* Comentado. San José, Editorial ULACIT, p. 112.

especialidad, de consunción y de subsidiariedad[1678].

A la luz de lo visto hasta ahora, debemos indicar con categoría que , partiendo de la protección especial constitucional que el bien jurídico de "La Propiedad" recibe en relación con sus titulares *-protección analógica como si se tratara de un bien jurídico personalísimo-*, así como de la voluntad del autor de un ilícito y la estructura del tipo penal aplicable *-robo agravado-*, en el caso de un sujeto que asaltó con un arma de manera simultánea a varias víctimas, esto nos permite calificar las conductas del agente activo como una unidad de acción que infringe varias veces la misma ley penal *-esto depende de la cantidad de víctimas que haya asaltado-*, sin que se pueda excluir ninguna de las conductas que concurren entre sí *-no se puede aplicar ninguno de los criterios del concurso aparente de normas-*, estimando que lo que opera correctamente es la existencia de un concurso ideal.

Efectivamente, estamos ante un concurso ideal de los categorizados como homogéneos, ya que, mediante una misma acción, se infringe varias veces la misma norma o ley penal. Cabe resaltar que se realiza

167 [8]NAVAS APARICIO, ob. cit., pp. 122 a 124.

la aplicación de dicho concurso mediante la aplicación de una interpretación analógica *in bonam partem*[1689], por cuanto, de lo dispuesto en el artículo 21 *supra* indicado, no se deriva tal concurso[1][1690].

Se debe mencionar la posición de la actual jueza de apelación de la sentencia penal en el IICJSJ, doña Rosaura Chinchilla Calderón, cuando conformaba el anterior Tribunal de Casación Penal del IICJSJ, en un caso con similitudes fácticas al tema en mención *(se acreditó un robo a dos víctimas)*, por cuanto, en el considerando VIII de la resolución 2009-1295 del 27 de noviembre de 2009, salvó parcialmente el voto y se apartó de la mayoría -*que sostuvo la existencia de un solo delito de robo agravado*-. Por su parte, doña Rosaura señaló la existencia de dos robos en concurso ideal y motivó su postura en síntesis: que el robo agravado con violencia sobre las personas era un delito pluriofensivo, ya que además de proteger la propiedad, también tutelaba la integridad física y emocional de la víctimas. Además indicó que el derecho no podía valorar de igual forma si un sujeto con un arma atacaba a una persona para despojarla de sus bienes o si lo hacía contra varias personas para despojarlas de sus pertenencias.

Es así como la solución otorgada por doña Rosaura coincide con la propuesta en este trabajo. Sin embargo, ella motivó con otras razones su decisión, igualmente desdeñando la tutela especial que el legislador dispuso para "La Propiedad".

Asimismo, en el voto n.° 2005-431 del 19 de mayo de 2005, el actual presidente de la Sala de Casación Penal, don Carlos Chinchilla Sandí, cuando conformaba el mismo tribunal de casación arriba señalado, se apartó de la mayoría *(es un caso de un robo a tres sujetos pasivos)*, asumiendo en resumen: que en la especie, no estaban ante un solo robo gravado, sino frente a tres delitos de robo agravado en concurso material, pues sucedieron acciones claramente diferenciables, donde se afectaron y lesionaron patrimonios jurídicos diferentes, a saber, tres bienes jurídicos similares, pero en relación con diferentes personas.

No comparto esta posición, pero de esta podemos rescatar, como a pesar de no analizar el devenir constitucional del bien jurídico tutelado, se llegó a la conclusión de que no era posible la existencia de un solo robo agravado cuando había numerosas víctimas.

Cambio en la determinación de la penalidad

Así pues, estableciéndose que, en el caso de un sujeto que asaltó con un arma de manera simultánea a varias víctimas, estamos ante un concurso ideal homogéneo, y no ante un solo delito de robo agravado. Esto conlleva un cambio relevante no solo sobre la valoración de la conducta del agente activo, sino también en la consecuencia jurídica que va a acarrear la imposición de la respectiva sanción. De tal manera, el artículo 75 del Código Penal dispone: *"Para el concurso ideal, el Juez aplicará la pena correspondiente al delito más grave y aún podrá aumentarla"*. Lo anterior diáfanamente resulta en un tratamiento punitivo distinto a la aplicación de un solo robo agravado, ya que en este segundo supuesto, el monto de la pena a imponer no podría exceder los márgenes o parámetros dispuestos para tal delito.

---

168 [9]JENSEN GHESQUIERE, David. (2012). Código Penal comentado y con jurisprudencia. San José, Editorial ISOLMA. S. A. p. 92.

169 [10] Para ampliar sobre este tema, consultar el voto 831-2004 del 9 de julio de 2004 de la Sala de Casación Penal.

Sin embargo, no sucede lo mismo con la solución propuesta del concurso ideal, pues como ya vimos, la pena puede ser aumenta por el juez o la jueza; precisamente si lo considera pertinente y respetando los principios de lesividad, proporcionalidad y razonabilidad, el juez o la jueza puede ejercer tal facultad discrecional y aumentar la pena atendiendo a la totalidad de la ilicitud cometida y su respectivo reproche, verbigracia: en nuestro caso, tomando en consideración la veces que se afectó el bien jurídico especialmente protegido por nuestra Carta Magna, todo ello por supuesto, maniobrando dentro del marco dispuesto en el artículo 71 del Código Penal.

Además, no es que exista un poder ilimitado del juez o de la jueza para aumentar la pena, resultando que la pena se podría aumentar, pero sin llegar a ser igual o exceder la pena que se hubiera impuesto si surge un concurso material de delitos *(a tal efecto, ver el numeral 76 del Código Penal)*.

Conclusión

Es claro que ha existido un incorrecto tratamiento para los casos en que un sujeto asaltó de forma simultánea a varias víctimas, al considerarse que nos encontramos ante un solo robo agravado. Como eje central de dicha postura, se indicó que, al no tratarse "La Propiedad" de un bien jurídico personalísimo, debe ser tutelada como una sola afectación sin importar el número de víctimas, desdeñándose con dicha interpretación que nuestro legislador constituyente le otorgó a "La Propiedad" una tutela especial que la pondera y eleva al nivel de un bien jurídico personalísimo en lo que se refiere únicamente a su protección. Por tanto, lo correcto es que en apego y soporte al contenido constitucional que el artículo 45 dispone, se resuelvan tales casos, en aplicación de la reglas del concurso ideal y su consiguiente respuesta punitiva.

La aplicación de las normas sustantivas, para resolver un caso, no puede fundamentarse en ideas puras, en esencias; sino que los fundamentos son indisolubles con la realidad de lo ocurrido; es decir, una correcta motivación jurídica debe responder a una ligación valorativa entre las normas y los hechos jurídicamente relevantes.

Bibliografía

ROJAS CHACÓN; José Alberto; SÁNCHEZ ROMERO; Cecilia. (2009). *Teoría del delito. Aspectos teóricos y prácticos.* Heredia. Poder Judicial, Depto. de Artes Gráficas.

NAVAS APARICIO, Alfonso. (2011). *Código Penal de Costa Rica*. Comentado. San José, Editorial ULACIT,

ENSEN GHESQUIERE, David. (2012). *Código Penal comentado y con jurisprudencia*. San José, Editorial ISOLMA S. A.

Artículo de Revista

Dall' Anese Ruiz, Francisco. *Bien jurídico y democracia*. Cuaderno de Estudio del Ministerio Público n.° 5, marzo 2001, pp. 28-35.

PODER JUDICIAL DE COSTA RICA
Escuela Judicial
"Lic. Édgar Cervantes Villalta"
Teléfonos: 2267-1541, 2267-1540, Fax: 2267-1542 Apdo.:285-3007
Pagina web:http://www.poder-judicial.go.cr/
http://www.escuelajudicial.go.cr
Escuela Judicial Ciudad Judicial, San Joaquín de Flores, Heredia, Costa Rica

www.facebook.com/escuelajudicial

www.twitter.com/@EJ_CR