

**Revista N° 8
Diciembre 2010**

**REVISTA
ESCUELA JUDICIAL
“Fortaleciendo el futuro de la justicia
en Costa Rica”**

REVISTA ESCUELA JUDICIAL N°8

Director Escuela Judicial: Dr. Marvin Carvajal Pérez

Subdirector Escuela Judicial: Lic. Mateo Ivankovich Fonseca LL.M.

Coordinador de la publicación: Lic. Román Bresciani Quirós

Jefa Área de Servicios Técnicos Escuela Judicial: M.B.A. Magdalena Aguilar Álvarez

Diseño gráfico, diseño de portada, diagramación y acabado final: Lic. Raúl Esteban Barrantes Castillo

Revisión filológica: Msc. Irene Rojas Rodríguez, Área de Servicios Técnicos, Escuela Judicial

El contenido de la obra es responsabilidad de su autor y no necesariamente reflejan la opinión del Director o de la Escuela Judicial

Hecho el depósito de ley
Derechos reservados

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

Consejo Directivo Escuela Judicial

Licda. Ana Virginia Calzada Miranda

Dr. Marvin Carvajal Pérez

Lic. Rafael Angel Sanabria Rojas

Lic. Jorge Rojas Vargas

Lic. Francisco Segura Montero

Lic. Martha Iris Muñoz Cascante

Lic. Jorge Chavarría Guzmán

Lic. Saúl Araya Matarrita

Lic. Francisco Arroyo Meléndez

Presentación

Realizamos la entrega del octavo número de la Revista Escuela Judicial, cuyo contenido dispone del valioso aporte de juristas de sumo prestigio.

Se abordan diversos temas de interés actual, empezando por el referente a la violencia doméstica y el tráfico de drogas, en el que su autora Lorena Blanco Jiménez, analiza entre otros aspectos, las diversas teorías que la doctrina ha requerido para fundamentar la imposición de una pena de prisión a la persona encontrada culpable de la comisión de un delito, en particular la teoría de la prevención especial positiva que alude a la resocialización como finalidad de la pena.

El jurista Álvaro Burgos Mata, expone las similitudes y diferencias típicas entre el abuso de autoridad y el incumplimiento de deberes en el Código Penal de Costa Rica, ejemplificándolo con jurisprudencia nacional.

Por su parte, la jueza Cynthia Dumani Stradtman aborda el tema de la clandestinidad en el delito de usurpación, visualizando el ánimo del sujeto activo de despojo de la posesión o la tenencia del sujeto pasivo en forma dolosa.

El tema denominado Teletrabajo y Globalización, es abordado por el autor Armando Elizondo Almeida, quien se refiere, entre otros aspectos importantes, al impacto de las reformas sociales en las formas de organización y localización del trabajo, lo cual a llevado al establecimiento de esta nueva modalidad laboral.

El licenciado Norberto E. Garay Boza, en su artículo "Apreciaciones históricas de la percepción del loco y la situación procesal penal actual del inimputable: el estancamiento histórico en el proceso de imposición y ejecución de medidas de seguridad", examina entre otros aspectos, la posibilidad de imponer medidas de seguridad a la persona inimputable que sea enjuiciada en su ausencia.

Nuestras invitadas, la licenciada María Milagro Granados García y licenciada Diana Hernández Gamboa, efectúan un importante estudio sobre las dificultades probatorias en la investigación del ilícito de lesiones culposas en los casos de mala praxis médica.

Seguidamente, la M.Sc. Sharon Kramarz Lang, analiza la conexión existente entre los derechos humanos y el derecho del trabajo, en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ejemplificándola con el conflicto protagonizado por un grupo de trabajadoras del Patronato Nacional de la Infancia (PANI) que se desempeñan como "tías sustitutas" en los albergues de dicha institución.

Asimismo, el connotado profesor de la Universidad de São Paulo, Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior dilucida con respecto a si la Constitución brasileña de 1988, en sus veinte años de vigencia, ha sido capaz de limitar y regular el uso del poder.

Como insigne culminación de la presente publicación, el abogado español Daniel Montero Bustabad, explica cómo en el pasado y en el presente, el Derecho costarricense no es anglosajón, sino, fundamentalmente, Derecho español.

Agradecemos a nuestras y nuestros articulistas invitados por su esfuerzo y dedicación que ha culminado con la entrega a la comunidad costarricense e internacional de esta presente publicación.

*Dr. Marvin Carvajal Pérez
Director
Escuela Judicial*

Índice

- | | |
|---|---|
| 1. Similitudes y diferencias típicas entre el abuso de autoridad y el incumplimiento de Deberes en el código Penal de Costa Rica
pag: 7 | Álvaro Burgos M |
| 2. Teletrabajo y Globalización
pag: 19 | Armando Elizondo Almeida |
| 3. El elemento de la clandestinidad en el delito de usurpación
pag: 33 | Cynthia Dumani Stradtman |
| 4. Derecho Costarricense: Pincelada Geopolítica.
pag: 39 | Daniel Montero Bustabad |
| 5. Veinte años de la Constitución Brasileña de 1988
¿La Constitución ha sido capaz de limitar el poder?
pag: 49 | José Levi Mello Do Amaral
Júnior |
| 6. Violencia Familiar y Tráfico de Drogas ¿ Eximentes a la culpabilidad y/o efectivo cumplimiento de los fines de la pena?
pag: 59 | Lorena Blanco Jiménez |
| 7. Dificultades Probatorias en la Investigación del ilícito de Leciones Culposas en los casos de Mala Praxis Médica.
La Paradoja de su Prescripción
pag: 73 | María Milagro Granados García
Diana Hernández Gamboa |
| 8. Apreciaciones históricas de la percepción del loco y la situación procesal penal actual del inimputable: el estancamiento histórico en el proceso de imposición y ejecución de medidas de seguridad
pag: 89 | Norberto E. Garay Boza |
| 9. El caso de las "Tías Sustitutas" del PANI ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos
pag: 113 | Sharon Kramarz Lang |

Similitudes y Diferencias Típicas entre el abuso de autoridad y el incumplimiento de Deberes en el código Penal de Costa Rica

Álvaro Burgos M.¹

Resumen

Los delitos de Abuso de Autoridad e Incumplimiento de Funciones son frecuentemente confundidos en razón de su tipicidad. El presente artículo pretende poner de manifiesto las principales similitudes y diferencias entre ambos tipos penales, haciendo referencia directa igualmente a la jurisprudencia correspondiente que ejemplifica sus características particulares en su aplicación patria.

Palabras clave: funcionario público, abuso de autoridad, incumplimiento de deberes.

1. Doctor en Derecho Penal y Criminología, máster en Psicología Forense, especialista en Ciencias Penales. juez superior penal juvenil y juez de juicio del II Circuito Judicial de San José, catedrático de Derecho Penal Especial y Criminología de la Maestría en Ciencias Penales de la UCR, profesor del Programa Doctoral en Derecho Penal de la U. Escuela Libre de Derecho y de la Maestría en Psicología Forense de la UNIBE.

Sumario

Introducción

Capítulo I - Antecedentes

Generalidades

A.Funcionario y funcionaria públicos

Capítulo II - Figuras Típicas

A.Abuso de autoridad

a.El abuso de autoridad según las personas estudiantas del Derecho

b.Análisis del tipo penal

B.Incumplimiento de deberes

a.Análisis del tipo penal

Capítulo III - Análisis Jurisprudencial

Conclusiones

Bibliografía

Introducción

El presente trabajo desarrolla dos de los tipos penales contenidos en nuestro Código Penal en los Artículos 331.- Abuso de Autoridad y 332.- Incumplimiento de deberes.

Iniciaremos con un capítulo introductorio sobre los antecedentes, para ubicarnos respecto de la conceptualización de las personas protagonistas de los tipos penales analizados, la funcionaria y el funcionario públicos, ya que estos dos tipos penales son parte de los llamados **delitos contra los deberes de la función pública**.

En el Capítulo Segundo, analizaremos las figuras típicas, el cual se ha dividido en dos acápite o secciones, la primera trata sobre la conceptualización y análisis del tipo penal contemplado en el Artículo 331 de nuestro Código Penal, llamado **Abuso de Autoridad**.

En la segunda sección, desarrollaremos el tipo penal del Artículo 332, el **Incumplimiento de Deberes** y su respectivo análisis del tipo.

Finalmente, en el Tercer Capítulo, desplegaremos un análisis de algunas de las sentencias costarricenses encontradas con referencia a estos artículos, para analizar el criterio de nuestra Sala Tercera con relación al tema motivo del presente trabajo.

Capítulo I - Antecedentes

A. Generalidades

Los delitos de los que hablamos son un intento de las normas penales por mantener el orden en la Administración Pública, tanto de parte de sus funcionarios y funcionarias

como de las personas empleadas de la misma. Sin embargo, estas figuras a las que nos referimos son solo un puente para la comisión de un hecho delictuoso.

En ese sentido, cabe mencionar delitos tales como: el prevaricato, allanamiento de morada, aquellos como el cohecho y el peculado. No obstante, puede darse el caso en que ese abuso de autoridad sea más bien una circunstancia que de carácter de agravado al hecho cometido por la persona funcionaria.

En nuestra legislación, al igual que en la de Argentina, se les da una tutela legal aparte a los delitos en estudio, dándoles así preferencia respecto de otros bienes jurídicos puestos en peligro.

Para Carrara, la objetividad de esta infracción presenta dos situaciones; una de carácter positivo que será el hecho de basta con el simple abuso de autoridad, la persona funcionaria será sancionada penalmente y no solo con una mera llamada de atención; el otro, de carácter negativo que, según el autor supra citado, se referirá al hecho de que la pena sancionatoria, no va en el sentido de la falta que cometió para su favorecimiento o del abuso al poder que le confirió la Administración Pública, sino que se refiere al hecho del perjuicio que ese abuso pueda causar es decir, dependerá de los resultados.

Tutelan de manera general la Administración Pública como bien jurídico, y desde una óptica más particular, su finalidad es dar garantía de que los actos de la administración efectuados por sus funcionarios y funcionarias son legales y regulares.

Nuestro Código Penal contempla además otra figura con un corte similar; nos referimos al incumplimiento de deberes. Este tipo penal puede efectuarse mediante dos situaciones; por acción, entendiéndose por esta el efecto de realizar una determinada conducta; u omisión, definido como efecto de omitir, dejar de hacer. Respecto a estos dos tipos de conductas, González Roura indica que tanto abusa de su autoridad quien excede su actuar como quien lo omite.

B. El funcionario y la funcionaria públicos

La persona funcionaria pública es aquel **trabajador** o aquella trabajadora que desempeña funciones en un organismo del **Estado**, el cual puede representar a cualquier **poder público** que exista, ya sea el **Legislativo**, el **Ejecutivo** o el **Judicial**.

Habitualmente estos organismos son el **Gobierno**, el **Congreso o Parlamento**, los tribunales, la Administración Pública y, en general, todos aquellos organismos que no pertenezcan al sector privado.

En nuestro ordenamiento jurídico, encontramos esta definición contemplada en el Artículo 111. de la Ley General de la Administración Pública, el cual versa:

Artículo 111.-

"1. Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva.

2. A este efecto consideranse equivalentes los términos "funcionario público", "servidor público", "empleado público", "encargado de servicio público" y demás similares, y el régimen de sus relaciones será el mismo para todos, salvo que la naturaleza de la situación indique lo contrario.

3. No se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común".

Por otra parte, cabe destacar que las personas funcionarias públicas tienen un deber de obediencia, el cual se encuentra consignado en el Artículo 107 y todas sus actuaciones deben velar por el interés público, aun por encima del particular Artículo 113 del texto normativo supra citado y dispone:

Artículo 107.- Deber de obediencia

"1. Todo servidor público estará obligado a obedecer las órdenes particulares, instrucciones o circulares del superior, con las limitaciones que establece este Capítulo.

2. El servidor no estará obligado a obedecer cuando el acto no provenga de un superior jerárquico sea o no inmediato."

Artículo 113.- Priva el interés Público

"1. El servidor público deberá desempeñar sus funciones de modo que satisfagan primordialmente el interés público, el cual será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados.

2. El interés público prevalecerá sobre el interés de la Administración Pública cuando pueda estar en conflicto.

3. En la apreciación del interés público se tendrá en cuenta, en primer lugar, los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia".

Definidos ya estos conceptos respecto a la función pública, la persona funcionaria pública y sus deberes u obligaciones y su correcta actuación, es más simple comprender los tipos penales que a continuación se analizan.

Capítulo II - Figuras Típicas

A. Abuso de autoridad

El abuso de autoridad es asociado comúnmente al uso de un poder otorgado por la posesión de un cargo o función; pero de forma tal que este uso no está dirigido a cumplir las funciones atribuidas a ese cargo, sino a satisfacer intereses personales del individuo que lo ejerce. Por otro lado, el abuso de autoridad es reconocido en figuras que ostentan poder físico en la sociedad, como policías o guardias de seguridad, quienes estarían abusando de su autoridad cuando arrestan a una persona sin darle a la misma opción al diálogo.

1. El abuso de autoridad según las personas estudiosas del Derecho

En el **Derecho Administrativo** y como concepto empleado comúnmente, el abuso de autoridad o sus equivalentes, como abuso de poder o **abuso de las funciones públicas**, es el ejercicio abusivo de una función pública.

El Derecho Penal contempla el abuso de autoridad en sentido lato, como la figura delictiva que comete la persona investida de poderes públicos que realice en su gestión actos contrarios a los deberes que le impone la ley, por lo que aflige la libertad de las personas, las intimida o de cualquier manera les causa vejámenes, agravios morales o materiales.

En sentido estricto, se entiende como el delito doloso que comete la persona que actúa en calidad de funcionaria pública y dicta resoluciones u órdenes contrarias a las Constituciones o leyes nacionales o provinciales, o ejecuta las órdenes o resoluciones de esta clase existentes, o no ejecuta las leyes cuyo cumplimiento le incumbe. El sujeto pasivo de este delito es la Administración Pública, y no es necesario que se le haya causado un daño material.

Este delito tiene varios subtipos entre los que se destacan:

- Prevaricación
- Cohecho
- Tráfico de influencias
- Malversación de fondos públicos
- Corrupción

B. Análisis del tipo penal

En nuestra legislación, encontramos contemplado este delito en el Artículo 331 del Código Penal, el cual dispone de la siguiente manera:

Artículo 331.-

“Será reprimido con prisión de tres meses a dos años, el funcionario público, que, abusando de su cargo, ordenare o cometiere cualquier acto arbitrario en perjuicio de los derechos de alguien.”

Su punibilidad se basa en el hecho de realizar una conducta contraria a lo que la ley permite; es decir, omitiendo hacer lo que por ley le es obligatorio o realizando conductas que le son prohibidas en la misma ley.

En la doctrina existe una disyuntiva respecto al verdadero sentido en el que se utiliza el término ley. Para algunos como Moreno, la expresión “ley” es de carácter formal; para otros como Nuñez, Laje Anaya citado por Creus, la ley se refiere también a los reglamentos, ordenanzas, etc.

A pesar de que el criterio anterior parece ser el más acertado, cabe mencionar que no todos los reglamentos pueden ser objeto de este tipo penal, sino que únicamente existirá el delito en aquellos que deban ser acatados por las personas funcionarias públicas que como veremos son los sujetos activos de este tipo.

Para que se configure este delito, la acción debe ser cometida en el ejercicio de la función propia que reviste a ese sujeto como funcionario público. El abuso de autoridad consiste en el uso inapropiado de la conducta que le fue encomendada en razón del cargo.

En este delito, debe guardarse cuidado por cuanto presenta un carácter subsidiario, ya que existe una serie de otros delitos que constituyen abuso de autoridad. Sin embargo, se han descrito como figuras independientes. Así encontramos otras formas especiales, tales como: el prevaricato, la corrupción, la malversación, el allanamiento de morada. Por ello se indica que es un delito subsidiario, por cuanto primero se requiere inspeccionar todos los demás artículos que se componen en abuso de autoridad, para ver si ese abuso de autoridad podría encuadrar en la conducta de alguno de esos delitos autónomos.

Aquí el sujeto activo es necesariamente una persona funcionaria pública. Evidentemente no podría figurar como sujeto activo un particular, pero cabe aclarar que se permiten todas las formas de participación en este delito (co-autoría, cómplice, etc.), mas siempre se pedirá como requisito la existencia de una persona funcionaria pública.

El sujeto pasivo es el Estado, por cuanto el abuso de autoridad supone una irregularidad o una ilicitud en el funcionamiento de la Administración Pública, mas no se debe desconocer que en un abuso de autoridad, puede resultar también una persona particular ofendida que tendría el carácter de perjudicado. *(El estado es sujeto pasivo primordial, sin embargo, se muestran los y las particulares como sujetos pasivos secundarios. Recordemos que existen personas ofendidas, representadas por aquel sujeto sobre quien recae el perjuicio de una acción delictiva, sea por muerte, lesiones, violación, etc., además de otros casos donde las personas afectadas no tienen o no les recae directamente el hecho, a quienes se denomina personas perjudicadas).*

Del texto se desglosa el concepto de arbitrario, el cual es un acto ilegal, pero además se considera como acto arbitrario el uso incorrecto o improcedente de una facultad jurídica. Las personas funcionarias públicas tienen facultades que ejerce en el campo de su competencia.

Este carácter arbitrario puede presentarse tanto como elemento objetivo como elemento subjetivo; dentro de esta figura, por ejemplo, se presentan casos en que la persona funcionaria pública dispone de poderes discrecionales y los emplea en funciones a las que la ley persigue por sectarismo político, religioso, por corrupción, etc., y es cuando incurre en abuso de autoridad.

En la comisión de este delito, se presenta el ejercicio de dos tipos de facultades o hechos:

- I. Se ejercita una facultad aparente. *(Es decir la persona funcionaria pública no tiene facultad para actuar en una forma determinada, porque no tiene competencia para hacerlo y aun así actúa).*
- II. Aquí se realiza el ejercicio de una facultad innegable, pero en condiciones falsas. *(Aquí la persona funcionaria tiene la facultad, pero hace uso o la ejercita en condiciones falsas).*

En ambos de los anteriores casos, debemos entender que surge una especie de falsedad; en el primer caso, porque no se tiene la facultad; en el segundo, por cuanto a pesar de que se tiene esa facultad, se fundamenta en hechos falsos. Indican los autores que en un caso se afirma o se ejerce un poder que se sabe ilegal y, en el otro caso, se afirman o suponen hechos falsos, como condiciones del acto de autoridad.

Se debe insistir en el carácter subsidiario de esta figura, tal como se explicó al principio de este artículo. Es de carácter doloso, ya que el aspecto volitivo juega un importante papel. La persona funcionaria debe querer oponerse a lo que la ley establece, aprovechándose de su cargo, por lo que cabe señalar que se configura con el dolo directo. Por tanto, no puede darse un abuso de autoridad de carácter culposo. Sin embargo, es importante analizar debidamente la actuación de la persona funcionaria para identificar cuándo se está frente a un abuso de autoridad que realmente está lesionando a la persona administrada que, en este caso, sería la víctima, y cuándo la persona funcionaria pública está únicamente haciendo alarde de su posición jerárquica, sin perjuicio alguno.

Este delito de abuso de autoridad desaparece por el error, tanto de hecho como de derecho, por cuanto consiste en una causa de inculpabilidad, por lo que no hay responsabilidad penal.

Respecto a su consumación, cabe mencionar que es un delito de mera resultado, ya que no basta con el hecho de que exista un abuso de autoridad por parte de la persona funcionaria. El artículo es muy claro al indicar **“[...] en perjuicio de los derechos de alguien”**.

Del texto de nuestro código se desprenden solamente dos verbos activos, **“ordenare o cometiére”**. En otras legislaciones como la de Argentina, se comprende también **“El dictado de resoluciones arbitrarias”**; mas de acuerdo con nuestra ley, esto encuadraría como un prevaricato. Esa diferencia podría tener fundamento en el hecho de que en Argentina, algunas funciones jurisdiccionales, propias del Poder Judicial, se ventilan a nivel administrativo, ya sea que se lo aplican a aquella persona funcionaria pública que dicte una resolución, con la excepción de que no debe ser juez o jueza.

B. Incumplimiento de deberes

Se puede definir incumplimiento como la falta de cumplimiento u omisión. Por otro lado, se entiende por deber aquello a que está obligado el ser humano por los preceptos religiosos o por las leyes naturales o positivas.

Este incumplimiento de los deberes genera la responsabilidad penal. Existen determinados delitos que tienen como sujeto activo a la persona funcionaria pública. Son los llamados delitos especiales propios. En estos, la autoría se limita al círculo de personas calificadas o personas autoras idóneas mencionadas en el tipo penal. Vale señalar que a los fines de su tipificación, necesariamente se estará en presencia de un acto irregular previsto y penado en el código respectivo y cometido por una persona funcionaria o empleada pública.

Este tipo de responsabilidad siempre es personal. Siempre esta acción se lleva adelante en sede judicial. Los preceptos del Derecho Penal que regulan los delitos de los funcionarios y las funcionarias públicos tienen como fin, lo mismo que en el Derecho disciplinario, mantener a las personas funcionarias públicas en la observancia de sus deberes y contribuir a la mejor organización del servicio público.

Este tipo penal está compuesto por acciones típicas previstas que denotan omisiones, sean estas omitir, retardar. Por otra parte, encontramos otra de las acciones que consiste en rehusar hacer, violentando el mandato existente respecto a la realización de dicha conducta. Respecto a estas acciones, es prudente definir las de la siguiente manera: omite quien no lleva a cabo el acto que debía realizar; se rehúsa a hacer quien ante el pedido de determinada conducta, se niega a su realización, y retarda quien no realiza la acción

en la oportunidad respectiva, sino que la deja pasar. De las tres, la más compleja es la de rehusarse a hacer, ya que no solo está presente la omisión, sino que es complementada con la negativa de realización de la acción que le corresponde. Lo que sí no puede ser modificado es el hecho de que sea cual sea la conducta, va referida a un acto propio de la función pública del sujeto.

Encontramos esta figura típica de nuestro ordenamiento jurídico en nuestro Código Penal, observado en el artículo 332 y versa así:

Artículo 332.-

“Será reprimido con pena de inhabilitación de uno a cuatro años, el funcionario público que ilegalmente omita, rehúse hacer o retarde algún acto propio de su función.

Igual pena se impondrá al funcionario público que ilícitamente no se abstenga, inhiba o se excuse de realizar un trámite, asunto o procedimiento, cuanto esté obligado a hacerlo”.

Del texto se desprende que estamos ante un delito de omisión. Es necesario que la omisión realizada tenga un carácter ilegal que otorga a la acción los matices antijurídicos y típicos, convirtiéndolo así en un tipo penal sancionable.

Es un delito de mera actividad; no necesita que se dé un resultado determinado. Basta con la sola realización de cualquiera de las conductas mencionadas para que se cumpla el tipo, aun sin mediar daño alguno. Este delito no acepta la tentativa, por cuanto se apega al criterio de que en los delitos de omisión, no se da la tentativa, y debido a que los tres verbos en cuestión son variables de omisiones, la tentativa en este caso específico no es viable.

El autor o autora tendrá que ser necesariamente una persona funcionaria o empleada pública que esté en el ejercicio de sus funciones o tareas. Es lo que se llama delito de propia mano, por lo que resulta prácticamente imposible la actuación por parte de cómplices, aunque sí es posible la instigación y puede en ocasiones darse la coautoría.

Este delito es de carácter doloso –***aunque algunos autores como Soler lo consideran culposo por tratarse de la simple actuación negligente de la persona funcionaria; pero esta tesis es de carácter minoritario y es poco tomada en cuenta.*** Requiere que se conozca el carácter del acto omitido como propio de su función y, por lo tanto, su omisión resulta ilegal, siempre que la omisión sea libremente ejercida, dándose de esta manera un dolo directo.

Con este delito, se tutela el desenvolvimiento normal y diligente de la Administración Pública. Lo que se castiga es el incumplimiento en la ejecución de los actos.

Capítulo III - Análisis Jurisprudencial

Durante el desarrollo de este trabajo, fue palpable el hecho de que estos delitos no son los más incoados de los tipos penales, y por lo general, por tratarse de delitos de carácter subsidiarios, forman algún tipo de concurso con otros delitos también pertenecientes a los delitos contra los deberes de la función pública, contemplados en el Título XV de nuestro Código Penal. La jurisprudencia respecto al tema es un poco escasa, sin embargo, su análisis resultará enriquecedor para este tema.

Res: 2008-00306/ Exp: 01-000914-0609-TP de las diez horas treinta y cinco minutos del dieciséis de abril de dos mil ocho. Delito de favorecimiento personal, **incumplimiento de deberes**, abandono de incapaz y **prevaricato**. En esta sentencia, podemos observar dos situaciones muy importantes en lo que a nuestro tema atañe. La primera de ellas es si estamos en presencia o no de una persona funcionaria pública, porque de no estarlo, resultaría imposible que se configure el tipo penal de abuso de autoridad donde el sujeto activo es y será siempre una persona funcionaria pública.

Encontramos la segunda de las situaciones respecto a cuál tipo penal debe ser aplicado al delito cometido en este caso, ya que la Ley General de la Administración Pública contempla algunos supuestos que deben ser tomados en consideración, y cuya sanción no va hacia lo penal, sino que tiene carácter disciplinario y/o patrimonial, según sea el caso. Respecto al primer punto la sentencia indica:

Por último, el tipo penal del incumplimiento de deberes se refiere, de forma exclusiva, a los funcionarios públicos (artículo 332 ibídem) y el acusado se desempeñaba como director de un colegio privado, financiado, según se estableció en el fallo, con fondos igualmente privados, amén de que la misma conducta no puede ser, a la vez, incumplimiento de deberes y favorecimiento personal, ya que este último delito es de naturaleza especial frente al primero, cuando sea cometido por funcionarios públicos. Por las razones expuestas, se rechazan las quejas.

También cabe deducir que por esta misma característica de si se trata o no de una persona funcionaria pública, quedan descartadas tanto la aplicación de sanción penal como la disciplinaria, pues en este caso es un director de colegio privado; en este sentido, menciona la Sala:

Por idénticos motivos, debe desecharse el alegato de que el justiciable es funcionario público y que, en virtud de ello, le incumbía el deber de denunciar. Es claro, por una parte, que Macal Garbutt, en su carácter de director de un colegio privado, sostenido por fondos privados, no ostenta la condición de funcionario público, desde que la función que desempeña ese tipo de centros de enseñanza, por esencial que pueda catalogarse, no es pública ni ejercida a raíz de una concesión del Estado.

Como lo hace ver la sentencia, el delito fue la omisión de una denuncia y, por criterio de especialidad, el delito de incumplimiento de deberes queda en un segundo plano, y pasamos al delito especial de favorecimiento ilícito:

Asimismo, se destacó que la omisión de denunciar, cuando existe el deber legal de hacerlo, constituiría, aun en el caso de los funcionarios públicos, el delito de favorecimiento personal y no el de incumplimiento de deberes, ya que mientras este último constituye un tipo general aplicable a distintas acciones, el favorecimiento recoge una específica (la omisión de denuncia) y desplaza, por especialidad, al mero incumplimiento del deber.

Queda claro de esta forma la importancia de la determinación del sujeto activo respecto a la comisión del delito para que el tipo penal pueda ser configurado.

V. 129-F-93, a las nueve horas con veinte minutos del dos de abril de mil novecientos noventa y tres. Delito de abuso de autoridad, en perjuicio de los deberes de la función pública.

En el presente caso, se plantea el abuso de autoridad en contra de un oficial de tránsito, quien, sin entrar a discutir si llevaba razón al emitir el parte, abusando de su autoridad, decomisa el vehículo y lo lleva remolcado con una grúa y, como si esto fuera poco, con pasajeros en el interior, creando así un concurso con otros tipos penales. En ese sentido, este fue el planteamiento de la Sala Tercera al respecto:

[...] aún así no existe ninguna razón viable para tener por justificada la conducta del imputado, porque su actuación arbitraria no se centra en haber confeccionado un "parte de tránsito" cuando no debía hacerlo, hecho del que la acusada puede defenderse ante la respectiva autoridad jurisdiccional que conozca de la infracción, sino fundamentalmente porque procedió a detener el vehículo en que viajaba la ofendida sin justificación alguna y lo trasladó a los planteles de la Dirección General de Tránsito utilizando un vehículo grúa, sin darle ninguna oportunidad a su víctima de retomar el automotor. En realidad en ello se evidencia un absoluto menosprecio a los derechos constitucionales de los ciudadanos, cuando los oficiales de tránsito y los conductores de las grúas que los acompañan, se llevan un vehículo aún cuando su conductor esté dispuesto a quitarlo -suponiendo que está mal aparcado-. En ello consiste la actuación arbitraria del acusado, según los términos del artículo 329 del Código Penal, y peor aún cuando trasladan el vehículo sin importarles que lleva personas dentro, pues en este último caso no sólo se configura (concurso ideal) el delito de abuso de autoridad, sino también el de privación de libertad agravada (artículo 192 inciso 4º del Código Penal), que tiene una sanción de dos a diez años de prisión, y además exponen a los ciudadanos a un peligro inminente para su integridad física, al llevárselos dentro del vehículo remolcado como si se tratara de simples objetos. Definitivamente constituye una grave y arbitraria actuación la del funcionario público que prevaleciendo de su posición de autoridad decomisa un vehículo a un ciudadano, sin que exista alguna causa legal que así lo autorice, supuestamente para mantener despejadas las vías, en aquellos casos en que el propio conductor está dispuesto a quitarlo del lugar y llevárselo. Esa autorización legal no existe, siquiera, cuando el oficial de tránsito constata alguna infracción a las disposiciones relativas al estacionamiento de vehículos en vías públicas. En este sentido es conveniente reafirmar que la ley de tránsito vigente no autoriza decomisar y trasladar vehículos en esas circunstancias. Y aún debe agregarse que tampoco lo permite el texto aprobado recientemente y por segunda vez en la Asamblea Legislativa, pues la nueva ley condiciona el traslado de vehículos a que el conductor no esté presente, o que estándolo, las condiciones mecánicas del automotor le impiden circular, o que el conductor no quiera trasladarlo o no pueda hacerlo por alguna circunstancia determinada (ebriedad, herido en el accidente, etc.).

Efectivamente, la actuación de este oficial de tránsito resulta constitutiva del delito de abuso de autoridad, ya que el hecho de remolcar el automóvil, de acuerdo con la ley aplicable en ese momento, únicamente puede llevarse a cabo en determinados supuestos, y la situación tratada aquí no cabe en ninguno de ellos, por lo que se instituye el abuso de autoridad por parte de este oficial de tránsito.

Conclusiones

Según el recuento de lo analizado, podemos concluir que nos encontramos frente a dos tipos penales propios del área de “delitos contra los deberes de la función pública”. El primero de ellos, el abuso de autoridad, es un delito de carácter subsidiario. Hay que verificar antes las otras conductas típicas especiales: prevaricato, allanamiento de morada, etc. Posee dos verbos típicos: *ordenare* y *cometiere*. Sus elementos accesorios son que el delito se cometa abusando de su cargo que consiste una irregularidad o una ilicitud en el funcionamiento de las actuaciones del funcionario público; que sea un acto arbitrario, entendido este como acto ilegal; el uso incorrecto o improcedente de una facultad jurídica y que sea en perjuicio de los derechos de alguien.

El sujeto activo será siempre la persona funcionaria pública; el pasivo primordial, el Estado y, el secundario, la persona particular (perjudicada), por lo que es indeterminado. El delito de carácter DOLOSO atiende al dolo directo, en donde la persona funcionaria quiere abusar de su autoridad, sabiendo que la actuación realizada es contraria a la ley.

El bien jurídico tutelado es la Administración Pública y la legalidad de los actos y el funcionamiento de la misma, la cual producto de actos arbitrarios puede verse comprometida.

Por su parte, el segundo de ellos, el incumplimiento de deberes es un delito básicamente omisivo. Posee varias acciones o verbos típicos: *omita*, *rehúse hacer*, *retarde*, *no se abstenga*, *no se inhiba*, *no se excuse*, las cuales de una u otra forma son omisiones de actuaciones esperables de una persona funcionaria pública.

Como elementos accesorios, encontramos que este acto debe ser cometido ilegalmente y debe ser propio de su función; además debe realizarse ilícitamente y debe estar obligado a hacerlo. En cuanto al sujeto activo, será la persona funcionaria pública, por lo que se llega a la conclusión de que este es un delito de los llamados de propia mano. También admite la instigación y la coautoría, pero es casi imposible la existencia de cómplices.

El sujeto pasivo será el Estado, ya que su incumplimiento es para quien le da este cargo de confianza. También este acto es un delito de mera actividad, porque con la sola omisión, ya se configura el tipo penal y es de carácter DOLOSO, pues necesita el carácter volitivo del sujeto.

El bien jurídico tutelado es el desenvolvimiento normal y diligente de la Administración Pública. Lo que se castiga es la incuria genérica, es decir, el incumplimiento en la ejecución de los actos.

Aunque ambos tipos son de corte similar, la diferencia se hace evidente con el hecho de que el abuso de autoridad requiere de la realización de una acción para su configuración. En cambio, el incumplimiento de deberes se refiere a la ausencia de una actuación esperada por parte de la persona funcionaria.

Referencias

Creus, C. (1993). *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo 2. 4ª Edición Actualizada. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astres de Alfredo y Ricardo Depalma.

Fontan Balestra, C. (1995). *Derecho Penal Parte Especial*. 14º Edición Actualizada por Guillermo A.C. Ledesma. Buenos aires, Argentina: Abeledo Perrot.

Páginas Web

<http://www.estadonacion.or.cr/Info2005/Paginas/fortalecimiento.html>

http://ministeriopublico.poderjudicial.go.cr/publicaciones/boletines_jurisp/2000/JUR45-00.pdf

http://es.wikipedia.org/wiki/Abuso_de_autoridad

<http://www.prensalibre.co.cr/2008/julio/02/sucesos01.php>

<http://www.ijj.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/inv%20otras%20entidades/CLAD/CLAD%20XI/documentos/navasron.pdf>

<http://www.estadonacion.or.cr/Info1996/Paginas/cap-5c95.htm>

http://www.imprenal.go.cr/pub/2008/06/25/COMP_25_06_2008.html#_Toc202064815

Resumen

El teletrabajo se ha convertido en un “best seller” del siglo XXI para el derecho laboral. Sin embargo, en Costa Rica, poco se ha comentado de dónde emerge, qué busca y sobre todo cuáles son sus implicaciones a nivel global. Este artículo pretende aportar a la persona lectora una breve pero sustancial explicación de estos temas. Partimos del impacto de las reformas sociales en las formas de organización y localización del trabajo que conlleva a la “creación” de esta nueva modalidad laboral, pasamos por el marco conceptual y etimológico de esta figura hasta finalizar con la globalización y las nuevas formas de outsourcing laboral. Se busca, por ende, transmitirle a la persona lectora algunos elementos esenciales de esta figura para que tenga más elementos que le permitan comprender cuáles han sido los objetivos buscados con su “creación”. Desde este punto de vista, el teletrabajo debe ser un tema de obligado estudio, pero que vaya más allá de una posición empresarial en la búsqueda de una solución de costes y beneficios y de unas personas trabajadoras que pretendan solucionar sus problemas personales laborales.

1. El impacto de las reformas sociales dentro de las formas de organización y localización del trabajo La creación de una nueva modalidad laboral

En los inicios de la década de los ochenta, el neoliberalismo entra en el escenario mundial y se instaura como una formación económica alternativa a la keynesiana y a la teoría del “Estado Benefactor”; y se opera un cambio cualitativo en los terrenos de encuentro entre capital y trabajo. Se alteran claramente los sistemas de relaciones industriales; los sindicatos comienzan a tener menos injerencia en las decisiones políticas, económicas, laborales y de seguridad social; se reestructura la producción y los mercados de trabajo, cambiando las relaciones de poder dentro de los procesos de fabricación. También decaen lentamente las ideologías relacionadas con el movimiento obrero, en especial, con los de corte comunista y sus utopías de una organización social alternativa².

Estos cambios societarios afectan las formas propias de los sistemas de producción. Se pasa entonces del sistema propio de la Revolución Industrial, en donde las relaciones de producción eran tangibles (Ortiz Chaparro, 1996, p. XVI a XII), a otro «*postindustrial*»³ o, como señaló Toffler, «*superindustrial*», fuertemente terciarizado y encaminado a una nueva producción de bienes y servicios inmateriales, regentado por la información.

1. Juez del Tribunal de Juicio de Puntarenas, Poder Judicial de Costa Rica.
2. Al respecto Anglietta, M. (1979); Baglioni, G., (1987); Baglioni, G. y Crouch C. (1990).
3. Algunos la denominan post capitalista o la nueva sociedad de la información, de red o digital. Al respecto véase Matias, G, (1998, p. 55). Algunos la denominan post capitalista o la nueva sociedad de la información, de red o digital. Al respecto véase Matias, G, (1998, p. 55).

Se requiere entonces de un personal más especializado en conocimientos informáticos y tecnológicos, basado en la automatización, en la orientación del mercado y en la globalización⁴. Además utiliza un nuevo esquema productivo de **«pedido-organización de recursos-fabricación-entrega»**⁵ que obliga a la búsqueda incesante de una nueva estructura de trabajo-empresa⁶, casi siempre en procura de la satisfacción de la persona consumidora quien comienza a condicionar la producción⁷.

Por ello, las nuevas tecnologías no solo afectan el objeto directo de la ciencia del Derecho, las relaciones humanas y su entorno y el trabajo subordinado, sino que también transforma la propia metodología de esta ciencia.

Los increíbles avances de los últimos años en el sector *TIC* –tecnología, información y comunicación–, en especial en el sistema de redes digitales e Internet⁸.

hace que los conceptos de espacio y tiempo⁹ se transformen, lo que requiere una recomposición de los esquemas tradicionales en los que usualmente vivimos.

-
4. La globalización es un término dinámico de creciente libertad e integración de los mercados de trabajo, bienes servicios, tecnología y capitales. Pero, no es un proceso nuevo ya que viene desarrollándose desde 1950. Uno de los primeros en utilizar este concepto fue Theodore Levitt (1983) refiriéndose a la globalización de mercados. Para el autor se pasaba de una concepción de producción basada en el ciclo del producto, a otra global de mercados. Ahora bien, los factores que determinan el proceso de globalización son sin duda la tecnología en el transporte y las comunicaciones y la liberación en los cambios de servicios, bienes y capitales, tanto a nivel de negocios multilaterales como en el GATT, OMC, OCDE y FMI, como por decisiones unilaterales y bilaterales de las autoridades económicas de cada país que se encuentre inmerso en el cambio. (De La Dehesa, G. 2000, p. 11-26). Véase, también, (Cassano, G Y Lopatriello, 1999).
 5. ICKS, M. en http://www.aet-es.org/docs/doc_03.html.
 6. Lanzavecchia, G. «Il lavoro di domani», Roma, 1996 señala que: *«il suo core in progettazione, ricerca, marketing, assemblaggio e vendita, con imput laterali que comprendono con I servizi, la stessa produzione, che può essere quindi fisicamente distaccata e decentrata. L'integrazione fisica è sempre necessaria, mentre quella gestionale è garantita da reti telematiche e computer»*.
 7. Lo anterior da lugar a nuevos conceptos de «management»: *«desde el ya clásico trabajo de Tom Peters (con Robert H. Waterman), «En busca de la excelencia», hasta los más recientes estudios sobre Deming (Mary Walton: The Deming Management Meted) y de Peter Duker (Innovation and Entrepreneurship), pasando por AKIRO MORITA (Made in Japan) y otros muchos gurúes que buscan nuevos métodos de aumento de rendimiento y cuyas teorías permiten esbozar un nuevo paradigma de empresa, ahora bautizado con el Fujitsuismo, aunque por supuesto basado en esa reconsideración del espacio y del tiempo que generan las nuevas tecnologías de la información»*. (Matias, G, 1998, p. 50).
 8. Internet es una red de redes. Surgió como tecnología militar norteamericana, en los años sesenta, cuando la Agencia de Proyectos e Investigación Avanzada de Defensa de los EE.UU. (DARPA) inició un programa para desarrollar técnicas de conexión entre ordenadores, con el fin de intercambiar paquetes de información de manera sencilla y segura. El objetivo de este proyecto era crear una red amplia de ordenadores en que la información pudiera ir de unos a otros a través de vías distintas, de manera que si un área era atacada en una acción bélica, la información podría llegar por un camino u otro a su destinatario. La clave de este sistema era la inexistencia de un centro neurálgico que controlara esta red, pues éste sería un punto vulnerable del sistema. Con esta filosofía nació ARPANET, que constituye el antecesor inmediato de Internet. Durante los años setenta, ARPANET creció incorporando nuevos servicios, como correo electrónico, conexión remota, etc. A comienzos de los años ochenta, aparecen infinidad de redes que finalmente acaban vinculándose entre sí. Durante los últimos años ochenta, se creó lo que puede entenderse como una columna vertebral que atraviese los Estados Unidos (NFSNET) y que hace crecer de manera exponencial las conexiones, especialmente entre las universidades. Vid. Fernández Esteban, M.L. (1998 p. 24) citando a J.M Vega Fernández y S. Galán Galán, (1996, p. 15 y ss). Del mismo modo, al consultar las páginas en Internet las siglas http significan protocolo de transferencia del hipertexto (Hyper Text Transfer Protocol). Protocolo de comunicaciones que utiliza la www (world wide web). (Barrero Fernández, A. 1999, p.154).
 9. Se sustituye el principio de incertidumbre de Heisenberg y se impone un nuevo concepto de sistema en el que las relaciones son sustituidas por una red simultánea de cadenas o network. Suge *« una nueva cultura de la sustitución de los lugares por el espacio de los flujos y la aniquilación del tiempo por el tiempo atemporal»* lo cual desbanda la lógica del tiempo del reloj de la era industrial. Vid. (Castells, M. 1998, p. 384).

Por ello, el desarrollo de las tecnologías de la información y de las telecomunicaciones en los sistemas productivos se ha constituido en uno de los pilares fundamentales del mundo de la información y de las relaciones humanas, pero también de las relaciones de trabajo. De esta forma, la «capacidad de respuesta» (Thibault Aranda, X. 1998, p.19) de los avances tecnológicos también irrumpe directamente en esta rama del Derecho, produciendo la necesidad de recomponer algunos viejos conceptos clásicos, como por ejemplo, el de la subordinación, el del tiempo y lugar de la prestación o el de la descentralización productiva, entre otros. Será ello la clave de la «nueva economía digital»¹⁰ dentro de la «sociedad de la información»¹¹ (SI)¹²; o como bien lo denomina Alvin Toffler:

una nueva civilización está emergiendo en nuestras vidas, y hombres ciegos están intentando en todas partes sofocarla. Esta nueva civilización trae consigo nuevos estilos familiares; formas distintas de trabajar, amar y vivir; una nueva economía; nuevos conflictos políticos; y más allá de todo esto, una conciencia modificada también. (Toffler, A., 1990).

Esta será, en consecuencia, «la tercera ola» que nos ahogará con su fuerza imparable¹³.

Efectivamente, desde esta óptica, los cambios de producción se modifican y, con ello, las esferas de conductas sociales, jurídicas, políticas y, por qué no, de las ideológicas. Recuérdese que

Las relaciones sociales se hallan íntimamente unidas a las fuerzas productivas. Al adquirir nuevas fuerzas productivas los hombres cambian su modo de producción, y al cambiar su modo de producción, la manera de ganarse su vida, cambian todas sus relaciones sociales. El molino a brazo os dará la sociedad con el señor feudal; el molino a vapor, la sociedad con el capitalismo industrial. (Marx, k. 1984, p.118-119).

-
10. Se diferencia de la economía industrial en que la materia clave sobre la que incidir productivamente y de la que dependerá todo tipo de transacciones va a ser la información y las maneras con que se manipule y se utilice rentablemente. Véase Morán, J.M. «Del teletrabajo a la empresa virtual (El futuro del trabajo en la sociedad digital), *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Economía y Sociología*, núm. 11, 1998, p. 82.
 11. O como dice Castell, M. (1996): una «sociedad red». José Carlos Losada define la sociedad de la información como una sociedad diferente con internet, teletrabajo, autopistas electrónicas, etc. Es la sociedad de los unos y los ceros, de los bits, de los ordenadores y donde el analfabetismo se medirá por el dominio y acceso a la información y a las redes. *Vid. Retos de la Sociedad de la Información*. Facultad de Ciencias de la Información. Universidad de Salamanca, 1977. Del mismo modo la *sociedad de la información* esta caracterizada, según Linares y Ortiz, por: a) la terciarización; b) la automatización; c) la globalización; d) la información con materia prima, e) la interactividad social y f) la complejidad. (Linares y Ortiz, 1995, p.114).
 12. En 1995, se creó el Foro de la Sociedad de la Información (ISF) para asesorar a la Comisión de las Comunidades Europeas en el desarrollo de la sociedad de la información. Señala que: «*La sociedad de la información es necesariamente, una sociedad global. Las TIC vencen las distancias y no conocen fronteras. Muchas de las posibilidades que ofrecen, en cuanto a una mejora generalizada de las condiciones de vida, están relacionadas con las características positivas de la globalización. La mayoría de los desafíos que plantean precisan soluciones globales que, a su vez, exigen un nuevo marco internacional que aborde de veras las necesidades y preocupaciones económicas, sociales, culturales y ambientales de los miembros de la sociedad de la información global*», «*El ISF señala la existencia de un modelo característicamente europeo que tiene mucho que ofrecer al mundo en relación con la respuesta a los desafíos de la sociedad e la información global. Se basa en la búsqueda de un equilibrio entre objetivos y preocupaciones distintas y a menudo antagonistas. Podríamos resumir sus principios en libertad, igualdad, fraternidad, solidaridad y sostenibilidad*». Véase Una vía Europea hacia la sociedad de la información. Forum, Information Society. Comisión Europea.
 13. Alvin Toffler nos habla de tres olas. La primera de ellas que comenzó en el 8000 a. C. hasta 1650-1750, fue la revolución agrícola. La segunda ola, se produjo con la Revolución Industrial hasta aproximadamente su cresta culminante en la década iniciada alrededor de 1955. Fue precisamente durante esa década cuando la tercera ola comenzó a tomar fuerza donde la vida está basada en fuentes de vida diversificada y renovable; con métodos de producción nuevos que superan las antiguas cadenas de montaje de las fábricas; en familias no nucleares, en un hogar electrónico. Vid. A. Toffler, A. 1990.

Surge una nueva división del trabajo que permite controlar, mediante las TIC, el espacio y el tiempo de las personas trabajadoras, lo que conlleva, necesariamente, a nuevas formas organizativas. Ese cambio tecnológico¹⁴ será el «motor» del nuevo orden económico. Ya había sido incluso así señalado, en 1991, por el Premio Nobel de Economía Roland Coase, como «*el cuarto factor de producción*» caracterizado por imprimir una fuerte aceleración en los cambios y por romper esos parámetros espaciales y temporales¹⁵.

El factor determinante de esta metamorfosis es la **tecnología telemática** -entendida como la «*progresiva fusione fra telecomunicación e informática*»¹⁶ (Cassano, G y Lopatriello, S. 1999, p. 12). Pese a que no puede considerarse como un fenómeno general, si tiene rasgos particulares que permite que «*conviva*» con otras manifestaciones nuevas que se producen en la era actual. Se nos dirige, entonces, hacia una «*externalización telemática*»; diferenciada de la «*descentralización productiva*» de los años sesenta, precisamente por la aplicación de este tipo de tecnologías en la prestación del trabajo que lo liberan «*de los límites de espacio y tiempo en los que tradicionalmente se viene realizando*». (Mella Méndez L., 1998, p. 642) y hacen posible un claro desplazamiento «del centro de gravedad geográfico de la prestación desde el corazón de la empresa hasta la periferia que lo rodea». (Veneziani, B., 1986, p. 61).

Dentro de este marco social, hacia finales de los años setenta, el fenómeno del surgimiento de formas inéditas de trabajo a distancia facilitadas por el empleo de instrumentos informáticos y telemáticos capta el interés de las personas expertas y de las orientaciones jurídicas.

Surge una modalidad donde se entrelazan las diversas necesidades de las empresas que buscan una o un profesional inmerso en su trabajo pero no necesariamente presencial. En otras palabras, una persona trabajadora que está vinculada con la empresa a distancia pero con el uso sistemático y obligado de las nuevas tecnologías. Es decir, se comienza a gestar un desarrollo laboral moderno, “virtual” podría indicarse que, en la mayoría de los casos se ha denominado “teletrabajo”, caracterizado por la “*deslocalización*” de la persona teletrabajadora y por el uso de medios informáticos o telemáticos.

El teletrabajo surge, entonces, como un fenómeno de naturaleza social y económica con un alto grado de «*complejidad y heterogeneidad*» (Escudero Rodríguez, p. 777) y de flexibilidad organizativa. De ahí que permite la convivencia de perfiles múltiples, lo cual hace aún más arduo y tortuoso el camino hacia una proyección unitaria de la materia, respondiendo a un alto nivel de calidad y a la utilización predominante o permanente de tecnologías telemáticas. Ambas características son, a su vez, producto de una serie de transformaciones empresariales que inciden necesariamente, en los sistemas de producción.

Esta nueva modalidad de laborar se va convirtiendo a su vez en una nueva forma de organización del trabajo que busca flexibilizar los medios productivos en tres campos fundamentales: en el tiempo y número de personas trabajadoras (flexibilidad cuantitativa), en la polivalencia funcional de la persona empleada (flexibilidad cualitativa) y, finalmente, en los costes globales de producción (flexibilidad salarial).

14. Javier Poves Paredes y David Carro Estradé señalan que: «*hay dos factores que permiten que la tecnología avance con fuerza y se integre en nuestra actividad cotidiana: por una parte la disponibilidad y facilidad de acceso a la misma, y por otra, la proactividad del individuo ante el cambio tecnológico*» en «*Teletrabajo e inserción laboral: hacia un cambio de paradigma*». (Poves Paredes, J y Carro Estradé, D., 1998, p.18).

15. Lo que se ha denominado el sistema «*every where, every time, just in time*».

16. Por su parte, el Diccionario General de la Lengua Española, la define como: «(de *telecomunicación + informática*). 1 Sustantivo femenino. Servicio de telecomunicaciones que permite la transmisión de datos informatizados a través del teléfono». Vid. Diccionario General de la Lengua Española. Vox, CD-Rom, 2000.

En el primer aspecto, el *teletrabajo* le permite a la persona empresaria la posibilidad de amoldar el horario laboral, de manera tal que la persona trabajadora no requiera desplazarse al lugar donde realiza su prestación laboral, reduciendo o suprimiendo, por consiguiente, los costos de transporte y el tiempo que ello implica. En el segundo campo, hay una exteriorización de los servicios, lo que permite adaptar el número de personas trabajadoras a la cantidad de trabajo. Y, por último, y en cuanto a la flexibilidad salarial, hay una desaparición de la infraestructura y de los gastos fijos que hacen que los costes globales de producción para la persona empresaria sean menores.

Por otra parte, a la persona *teletrabajadora* se le brinda la oportunidad de gozar de un mayor grado de independencia y autonomía, como consecuencia de la obligada flexibilización laboral que debe adoptar la empresa que utilice este medio de trabajo, centrada básicamente en la gestión de su tiempo y en la elección de su lugar de trabajo que puede ser desde su carro o un avión hasta su domicilio o un *telecentro de recursos compartidos*.

No hay duda, entonces, de que el *teletrabajo* es producto de la transición de la *sociedad industrial a la de la información* y, en la actualidad, emerge como una ***nueva modalidad de trabajo*** que surge como una nueva opción frente al *viejo trabajo a domicilio*, por la utilización de las nuevas tecnologías de la información y de las telecomunicaciones, amén del lugar distante en que se presta el servicio.

No obsta indicar que el uso de las nuevas tecnologías telemáticas permite a la empresa competir en el escenario mundial, caracterizado por un mercado más abierto o globalizado, lo cual requiere de un cambio sustancial y obligado en sus niveles organizativos a través de la deslocalización de sus actividades (en pocas palabras creando mini empresas) con alta tecnología para poder *sobrevivir*.

2- Concepto de teletrabajo Hacia una definición unitaria

La primera aparición de la idea del *teletrabajo* obedeció a un estudio de cibernética publicado por el profesor Norbert Wiener, en 1965, en el cual señalaba la posibilidad de realizar un trabajo a distancia con la ayuda de la telecomunicación y la informática (Wiener, N., 1965).

Sin embargo, no fue sino hasta 1973, en plena crisis del petróleo con su correspondiente aumento en el costo de transporte, cuando Jack Niells, en la actualidad profesor de la University of Southern California, publica el libro «*The telecommunication-transportation tradeoff. Opinions for tomorrow and today*»¹⁷ (Niells J., 1973), utilizando por primera vez la palabra «*telecommuting*»¹⁸ para referirse a la posibilidad de «*reducir los desplazamientos de las personas hasta el centro de trabajo, llevando el trabajo a casa gracias a las telecomunicaciones*».

17. Véase también Teletrabajo: mucho más que trabajar desde casa, en la Revista de Actualidad Empresarial, en <http://www.sevsigloxxi.org/ActEmpr/teletrabajo.htm>, consultado el 28/04/01.

18. Teledesplazamiento.

La utilización de este término es, desde entonces, constante en los diferentes escenarios académicos¹⁹, lo cual ha producido una multiplicidad conceptual²⁰, tanto por su carácter novedoso y por su falta de catalogación científica -de hecho aún no se considera una categoría legal (Thibault Aranda, 2000, p. 23), cuanto por su abstracción producto no tanto de su acción como de sus efectos (Sellas I Bevigut, R.) que lo han convertido en «*el sexo de los ángeles del siglo XXI*» (ICKS, M, <http://www.aet-es.org/docs>) precisamente por ese carácter global «[...] que describe una realidad con muchas multiforme» (sic) (Escudero Rodríguez, R., 1999).

Acudiendo a las raíces etimológicas, descubrimos que el *teletrabajo* supone la unión de dos palabras griega y latina «*telou*» y «*tripaliare*» (Matias, G., 1998, p. 39; Thibault Aranda, J. 2000, p. 26 y Sellas I Bevigut, R., p. 21), cuyas acepciones son, respectivamente, lejos y trabajar (Thibault, J, 2000, p. 26). Aun así, es necesario señalar que el prefijo compositivo «*tele*» que se refiere a la distancia en que se ejecuta, en estos casos la prestación de servicios fuera del centro físico de trabajo, debe necesariamente ir acompañado con el uso esencial de las nuevas tecnologías informáticas y de comunicación. De hecho, van a ser estas la que hacen posible que esta clase de trabajo exista y por lo tanto se convierten en instrumentos indispensables en la prestación de esta clase de servicio.

No es este, entonces, un estatus particular de las personas sino una nueva forma de organizar el trabajo. El vínculo que puede generarse entre quien presta el servicio de teletrabajo y quien lo recibe puede ser de naturaleza mercantil, civil o laboral (Gallardo Moya, R., 1998, p. 65).

En el presente trabajo, se analizará únicamente el teletrabajo engendrado en el ámbito laboral y en especial aquel en el que existe la condición de subordinación entre la persona empresaria o tele empresaria.

Jack Niells define el teletrabajo como “cualquier forma de sustitución de desplazamientos relacionados con la actividad laboral por tecnologías de la información” o, de forma más gráfica, “la posibilidad de enviar el trabajo al trabajador, en lugar de enviar el trabajador al trabajo”²¹. (Niells, J.,1973).

-
19. Pueden fijarse varias «etapas» en el desarrollo histórico del teletrabajo, así se nos señala en el trabajo elaborado por Carlos María Neila Muñoz donde se menciona: **Antes de los años setenta:** las iniciativas con respecto al Teletrabajo eran pocas y aisladas. Todavía no recibía el nombre de Teletrabajo. **Años setenta:** surge el término *telecommuting*, el teledesplazamiento, propiciado por las crisis energéticas y los grandes problemas de congestión del tráfico que se dan en grandes ciudades como Los Ángeles. En el estado de California se promulgan leyes que obligan a las empresas a implementar programas de teletrabajo para reducir el tráfico y la contaminación. El teletrabajo comienza a ser aplicado a grandes grupos de personas trabajadoras, midiéndose los resultados. Las conclusiones de estas primeras experiencias se toman como modelos para posteriores aplicaciones. Abundan los conceptos empíricos pero no fue sino hasta que aparece *Jack Nilles y Schiff*, cuando tomó forma. **En los años ochenta:** se producen aportes para clarificar más el concepto del teletrabajo. Este se aplica en proyectos piloto en los EE UU, donde se desarrolla más que en Europa. En la Comunidad Económica Europea de entonces se empiezan a investigar las implicaciones del Teletrabajo para el desarrollo rural y las implicaciones sociales (la protección de las personas teletrabajadoras), así como también los aspectos tecnológicos dentro de los primeros programas de investigación y desarrollo tecnológico. **En la primera mitad de los años noventa:** la crisis económica mundial que se concreta en diferentes momentos en función de los países hace que las empresas busquen fórmulas para reducir costes ante la caída de la demanda. El Teletrabajo es un instrumento para esa reducción de costes y surgen experiencias en todo el mundo. La Unión Europea, consciente del papel del teletrabajo en la sociedad, y como una de las líneas del Libro *Blanco de Delors*, formula Acciones de Estimulo al Teletrabajo. **Finalmente, en la segunda mitad de los años noventa:** las empresas emplean el teletrabajo para estar más cerca de sus clientes. Hay un decisivo impulso al Teletrabajo por parte de las administraciones públicas, sobre todo en la Unión Europea, difundiéndose los resultados de experiencias, con lo que se va conociendo cada vez más el Teletrabajo por parte de la sociedad. En EE UU el desarrollo del teletrabajo se inicia antes y es mucho mayor que en Europa. Fenómenos como la explosión de Internet contribuyen al desarrollo del teletrabajo. Vid. Neila Muñoz, C.M. 1999.
20. Aparece una completa y variada terminología. Entre otros, «*electronic cottage*», «*flexi-place*», «*networking*», «*electronic homeworking*», «*telehomeworking*», «*telework*», «*remote working*», «*flexible working*», «*teletravail*», «*telelavoro*», «*telearbeit*».
21. Véase también la entrevista realizada en el programa italiano «*Mediamente*» en 1995, en <http://www.rai.it/mediamente>.

Partiendo de esta premisa y desde una perspectiva más estricta, son muchas las definiciones que se encuentran en doctrina; entre las más relevantes, están la de Lorenzo Gaeta , quien denomina al *teletrabajo* como «*la prestación de quien trabaje, con un videoterminal, geográficamente fuera de la empresa a la que la prestación esta dirigida*». (Gaeta, L. 1996, p. 36).

Javier Thibault, por su parte, lo define como «*una forma de organización y/o ejecución del trabajo realizado en gran parte o principalmente a distancia, y mediante el uso intensivo de las técnicas informáticas y/o de telecomunicaciones*». (Thibault Aranda, J. 2000, p. 32).

La Organización Internacional de Trabajo, en 1990, indica que es aquella labor efectuada «*en un lugar distante de la oficina central o del centro de producción e implica una nueva tecnología que permite la separación y facilita la comunicación*»²². Lo mismo opinan los autores Gary, Hodson y Gordon, para quienes es una

actividad profesional sin la presencia física del trabajador en la empresa durante una parte importante de su horario laboral. Engloba una amplia gama de actividades y puede realizarse a tiempo completo o parcial. La actividad profesional en el teletrabajo

implica el uso frecuente de métodos de procesamiento electrónico de información, y el uso permanente de algún medio de telecomunicaciones para el contacto entre el trabajador y la empresa. (Gray, M., Hodson, N. y Gordon, 1994, p. 63).

22. «Programa Star: Teletrabajo». Dirección General de Telecomunicaciones, MOPT, 1990.

Gustavo Matías, quien le otorga una categoría más sociológica que jurídica, lo define como

cualquier actividad productiva que se realiza en el nuevo tiempo y espacio económico digital, cualquier actividad laboral basada en la utilización de tecnologías de la información, lo que no excluye una ulterior calificación de las diversas modalidades de teletrabajo [...]»²³. (Matias, G, 1998, p. 41).

23. Otras definiciones las encontramos, por ejemplo, en la Fundación Europea para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo que lo señala como «*cualquier forma desarrollada, por cuenta de un empresario o un cliente*», por un trabajador dependiente, autónomo o a domicilio y «*efectuado, regularmente o por una parte importante del tiempo de trabajo, en uno o más lugares diversos del puesto de trabajo tradicional, utilizando tecnología informática y/o de telecomunicaciones*». (Blanpain, R., 1995, p. 8 y ss). También, el profesor Martín Flores lo define como «*la prestación de servicios por cuenta ajena fuera del centro de trabajo, fundamentalmente en el domicilio del propio trabajador, y cuya realización se lleva a cabo mediante conexión telefónica e informática, excluyéndose de tal concepto obviamente, los trabajadores autónomos*». Martínez Flores, L. «*Outsourcing y teletrabajo: Consideraciones jurídico-laborales sobre nuevos sistemas de organización de trabajo*», en REDT, núm. 71 (1995), p. 413, y Di Martino y Wirth, para quienes es «*el trabajo efectuado en un lugar donde, apartado de las oficinas centrales o de los talleres de producción, el trabajador no mantiene contacto personal alguno con sus colegas, pero está en condiciones de comunicar con ellos por medio de las nuevas tecnologías*». Di Martino, V. y Wirth L., (1990, p. 471). También, dentro de la doctrina italiana, encontramos una amplísima gama de definiciones. Por ejemplo, Francesco Fedi de la Fundación Ugo Bordón, quien dice que es: «*Lavoro a distanza svolto con l'ausilio delle tecnologie telematiche*»; Franco Morganti, Consultor de Databank: «*Modalidad flexible de trabajo a distancia desarrollado utilizando medios informáticos y de telecomunicación con una sistemática interacción con la empresa o con el ente*». También Vittorio Frosini: «*Prestazione flessibile di lavoro personalizzato nei servizi telematici*»; Gino Giugini «*Prestazione di chi lavori con un videoterminale topográficamente al di fuori delle imprese cui la prestazione inerisce*»; Domenico de Masi, sociólogo: «*Qualsiasi attività svolta a distanza dalla sede dell'ufficio o dell'azienda per cui si lavora, quindi anche senza ricorrere a strumenti telematici*»; Martín Bengemann, Comisario Europeo: «*Qualsiasi attività alternativa di lavoro che faccia uso delle tecnologie della comunicazione non richiedendo la presenza del lavoratore nell'ambiente tradizionale dell'ufficio*». Di Nocola, P., Russo P. y Curti, A. 1998, p. 16. Por su parte, la consultora francesa Laurent Bister señala: Qu'est-ce que le télétravail ? Le télétravail, ou travail à distance, consiste à dissocier le lieu de réalisation d'une activité (le lieu de travail), du lieu où le résultat de cette activité est attendu (l'entreprise). Il ne faut pas confondre le télétravail avec la sous-traitance ou la délocalisation d'une unité d'activité del'entreprise. Le télétravail est une activité effectuée par un employé de l'entreprise, avec les moyens de l'entreprise, mais pas dans les locaux de l'entreprise. Cette organisation du travail hors des locaux de l'entreprise n'a pas attendu les technologies de l'information pour être mise en pratique, car on en retrouve des traces à l'époque pré-industrielle. Thierry Breton, dans son rapport sur le télétravail, distingue clairement le télétravail des téléservices: «*le télétravail est une modalité d'organisation ou d'exécution d'un travail exercé à titre habituel, par une personne physique, dans les conditions suivantes : d'une part ce travail s'effectue : à distance, c'est à dire hors des abords immédiats de l'endroit où le résultat de ce travail est attendu; en dehors de toute possibilité physique pour le donneur d'ordre de surveiller l'exécution de la prestation par le télétravailleur ; d'autre part, ce travail s'effectue au moyen de l'outil informatique ou des outils de télécommunications; il implique nécessairement la transmission au moyen d'une ou plusieurs techniques de télécommunications au sens de l'article L 32 du Code des Postes et Télécommunications, y compris au moyen de systèmes informatiques de communication à distance : des données utiles à la réalisation du travail demandé ; ou du travail réalisé ou en cours de réalisation.*» Cette définition très précise, mais un peu complexe, exclut définitivement le cadre qui ramène occasionnellement du travail à la maison le soir ou le week-end, le représentant de commerce qui envoie la commande de chez le client par son micro-ordinateur, l'entreprise de télésecrétariat localisée dans une zone rurale ou le service de téléacteurs situé dans une région différente de celle de l'entreprise bénéficiaire. Nous retiendrons, pour le télétravail, les notions fondamentales suivantes : le télétravailleur est une personne physique, l'activité distante doit être habituelle, le télétravailleur doit être hors de contrôle direct, le télétravailleur utilise un moyen de télécommunications. Vid. <http://www.bister.fr/>, consultado el 28/04/01 11:50.

Finalmente, Pantaleón Villanueva, en Teletreball, señala que

son todas las actividades profesionales que se hacen lejos de un centro de producción o de un centro de servicios [...] que utilizan las técnicas modernas de telecomunicaciones y tratamiento de la información y que generan un valor económico añadido»; «un teletrabajador es un empleado (fijo o (sic) ocasional) que, usando un ordenador, un fax y un teléfono (o cualquier combinación de ellos) realiza trabajo y se comunica con los co trabajadores fuera de las oficinas. (Civit, C. y March, M., 2000, p. 48).

2. El uso del teletrabajo en el empleo a escala global

Ventajas y desventajas

No es exagerado cuando afirmamos que es posible trabajar en cualquier parte del mundo sin que, necesariamente, el trabajador/a tenga que realizar sus labores en el centro de trabajo.

El teletrabajo permite, por su propia naturaleza, laborar de manera “[...] transregional, transnacional y transcontinental”²⁴, siempre y cuando exista una infraestructura adecuada y la persona trabajadora tenga las habilidades suficientes en materia informática. (Huws y O’Reagan, 2001).

De esta forma, al haber una ruptura de los cánones tradicionales de la forma de trabajar –sea la persona trabajadora en las sedes y centros productivos– no hay fronteras e, incluso, se ha afirmado que esta modalidad de trabajo *“hace desaparecer para muchas actividades productivas” las “barreras geográficas y los condicionamientos temporales”*. (Thibault Aranda, p. 261), al permitir a quienes recurren a ella *“contratar mano de obra en cualquier parte del mundo, sin tener que desplazarse, sin necesidad de establecimiento en el país de destino, y con la ventaja de la práctica irrelevancia del tiempo de transmisión del resultado productivo”*²⁵.

Esta potencial *“fungibilidad geográfica de la prestación”*²⁶ permite a las empresas

avanzar aún más en su proceso de internacionalización y deslocalización de al menos algunas fases de su proceso de producción y distribución, aprovechando las ventajas comparativas de las distintas ubicaciones y las enormes posibilidades de gestión de unidades productivas dispersas que permiten los avances de las comunicaciones. (Durán López, 1998, p. 870).

Esta forma de contratación se ha denominado en doctrina como *“outsourcing”* a escala internacional y, si aplicamos la tecnología en grado avanzado, se denomina *“offshore telework o transborder telework”*. Pese a ello, este concepto no es nuevo, ya antes se había utilizado en islas del Caribe como Jamaica y Barbados durante los años setenta²⁷, obviamente sin el grado de injerencia que tiene el *teletrabajo* actualmente.

24. Como observa críticamente Lo Faro (1998, p. 213), en relación con esta afirmación, contenida en la presentación del Proyecto DIPLOMAT de la Comisión Europea.

25. Como afirma Serrano Olivares, (2001, p. 107).

26. En expresión de Lo Faro, (1998, p. 233).

27. Vid. Di Martino, (2001, p. 49), y Bibby, (1996, ap. 4), ambos con referencia a los inicios de la industria de procesamiento de datos en Jamaica y Barbados.

Sin embargo, sus posibilidades de desarrollo se han visto incrementadas como consecuencia de la digitalización de los datos y el uso de sofisticadas redes internacionales de telecomunicaciones²⁸, a la vez se han incentivadas por el avance de los procesos de internacionalización económica y generalización de la competencia a escala global.

Esta combinación entre globalización y nuevas tecnologías está actuando como un poderoso incentivo para la formación de un importante mercado internacional de prestación de servicios relacionados con la información, dentro del cual emergen con cada vez más fuerza economías basadas en este tipo de trabajo. Los ejemplos más importantes los tenemos en Jamaica, Barbados o Filipinas; de los centros de llamada internacional en el Reino Unido e Irlanda o del *software* en la India resultan bastante ilustrativos de esta tendencia que ha sido calificada de “*globalización del sector servicios*”²⁹.

Este fenómeno de globalización tecnológica y sobre todo la flexibilidad del lugar de la prestación del servicio por parte de la persona *teletrabajadora*; advierte un problema a los y las juristas que debe ser analizado con suma cautela³⁰.

Veamos por qué.

No hay duda alguna de que la era de la *información* surge como una alternativa más rentable para todos los seres humanos. Podemos comunicarnos a otros países por la banda ancha a un bajo costo; tenemos comunicación visual en tiempo real, las noticias “*vuelan por la autopista de la información*”, entre otras.

No obstante, las empresas comienzan a vislumbrar todo un nuevo panorama mundial y obviamente deben ponderar los costos/beneficios. La contratación de una persona teletrabajadora donde existe una relación de subordinación; pero una “*deslocalización*” del lugar donde realiza sus labores genera una serie de ahorros empresariales que son imposibles de ignorar. Por ejemplo, habrá un enorme ahorro de combustible, una reducción de costes de mobiliario, una baja en la cuenta de luz y teléfono que generará, a su vez, una disminución en la contaminación global.

A pesar de que, a nuestro juicio, no existe duda tampoco que la persona *teletrabajadora* al estar en un régimen de subordinación, le es aplicable la misma legislación que les rige a las personas trabajadoras “*normales*” –la externalización no tiene por qué suponer una degradación de sus condiciones de trabajo–. También lo es que no puede negarse el enorme problema que genera la externalización de la actividad mediante la contratación “*outsourcing*”. Esta es la contratación de empresas externas que tienen su propio personal y que se encuentran bajo el ejercicio directo del poder de dirección de la empresa contratada no la contratista.

Esta modalidad de contratación representa un menor costo para la empresa contratante. Por ejemplo, es obvio que la contratación se dirige para satisfacer las necesidades de esta última, y que las personas trabajadoras no son propias, sino autónomas, por lo que no se encuentran sujetas a ninguna de las garantías previstas por la legislación laboral, y deben asumir además ellas mismos los costes derivados de su protección por parte del sistema de Seguridad Social³¹.

28. Como pone de manifiesto Bibby, (1996, ap. 4), y, entre nosotros, Thibault Aranda, (2001, p. 262).

29. Por Bibby, (1998).

30. Esta singularidad de la problemática planteada por el teletrabajo transnacional es destacada especialmente por Lo Faro, (1998, p. 214-215).

31. Desde esta perspectiva, en el Informe para la Comisión Europea sobre “*Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*”, coordinado por A. Supiot, (1999, p. 59), se señala que “*la subcontratación de actividades anteriormente realizadas en el seno de una empresa tiene consecuencias evidentes para los trabajadores implicados, que ya no se benefician de las condiciones de trabajo derivadas de los convenios colectivos de dicha empresa y verán cómo su nueva empresa les impone unas condiciones de trabajo generalmente menos ventajosas que aquellas a las que tenían inicialmente derecho*”.

Otro problema que podemos enfrentar es cuando la prestación trasciende las fronteras nacionales y se sitúa en el territorio de un Estado distinto de aquel en el que opera la empresa principal. Obviamente ante este supuesto, no tendremos problemas con la prestación del servicio, no así con la aplicación de la normativa que rige la actividad, ya que al desplazarse la prestación fuera de ese ámbito nacional se desplaza, a su vez, la norma que debe aplicarse a la persona *teletrabajadora*.

Lo anterior nos hace suponer que ante este panorama se facilita el “*outsourcing informático*” como un posible instrumento para evadir la aplicación de la normativa laboral del Estado en el que la empresa principal desarrolla su actividad esencial, incluso, en la utilización del teletrabajo en régimen de dependencia.

relocalización de ciertas parcelas de su actividad por alguna de las dos vías mencionadas. Así lo indicó el director general de la OIT en su memoria sobre “*El trabajo decente en la sociedad de la información*”: “[...] *la reubicación de empleos en otros países donde los costos laborales son menores y donde los trabajadores quizá no disfruten de los mismos niveles de protección social*”.

Todo ello supone que el teletrabajo está en condiciones de transformarse, al trascender su faceta nacional,

de instrumento de emancipación, que libera al teletrabajador de la tiranía de los tiempos y los lugares de producción”, “en un instrumento de elusión, que sustrae al propio trabajador de la tutela que le sería reconocida por el ordenamiento jurídico del país en el que su prestación es efectivamente aprovechada. (Lo Faro, 1988, p. 215.)

4- Conclusiones

No hay duda de que el *teletrabajo* emerge como una nueva modalidad laboral producto de la *era de la información*. Su aplicación moderada y estudiada pretende favorecer enormemente a las empresas y a la persona teletrabajadora.

Tendremos un ambiente más amigable: habrá menos contaminación, ahorro energético y, sobre todo, el clima laboral podría ser aún más adecuado, y puede abrirse el panorama a una mayor población laboral: personas con discapacidad, mujeres en estado de gestación de alto riesgo, personas con hijas e hijos discapacitados. Dispondremos, en pocas palabras, de un grado mayor de personas trabajadoras.

Sin embargo, el *teletrabajo* no es un camino que deba tomarse sin brújula. Una empresa o institución seria debe analizar sus alcances con toda seriedad. Sobre todo, debe estar comprometida a la no exclusión de los teletrabajadores/as producto de esa deslocalización de la prestación del servicio.

Debe tenerse claro que el teletrabajo debe surgir como una manera de reducir los costos operativos; pero sin cortar el cordón umbilical con la patronal. Eso al menos sería lo esperable.

Pero, a la luz de las consideraciones sobre el *teletrabajo off shore* no puede sino coincidir con quienes ven esta *globalización laboral informática* como un posible mecanismo favorecedor del *dumping* social, creándose mecanismos reales y directos de evasión en el ámbito social y jurídico de las grandes empresas ubicadas en países desarrollados.

5- Bibliografía

Anglietta A, M. A. (1979). *Theory of Capitalist Regulation*. London: Left Review Books.

Baglioni, G. S. (1987). *Política e Relazioni Industriali in Europa*. Milán: Franco Angelli.

Baglioni, G y Crouch C. (1990) *European Industrial Relations*. London: Sage.

Barrero Fernández, A. (1999). *El Teletrabajo*. Madrid: Agata.

Cassano, G Y Lopatriello, S. (1999). *Telelavoro, aspetti giuridici e sociologici*. Simone.

Castells, M. (1998). *La era de la Información*. Vol. 3, Fin de Milenio, Alianza,.

Cassano, G Y Lopatriello, S. (1999) *Telelavoro, aspetti giuridici e sociologici*. Simone.

Civit, C y March, M. (2000). *Implantación del Teletrabajo en la Empresa*. Barcelona: Gestión 2000.

De la Dehesa, G. (2000). *Comprender la Globalización*. , Madrid: Alianza Editorial S.A.

Escudero Rodríguez, R. (1999). Teletrabajo. En AAVV, *Descentralización productiva y nuevas formas de organizar el trabajo*. X Congreso Nacional de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid.

Fernández Esteban, M.L. (1998). *Nuevas Tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*. Monografía, McGraw Hill.

Gray, M., Hodson, N. y Gordon, G. (1994). *El Teletrabajo*. Fundación Universidad-Empresa, Madrid.

Gaeta, L. (1996). *Teletrabajo y Derecho: la experiencia italiana*. En DL, ACARL, núm. 49.

Gallardo Moya, R. (1998). *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio*. De la máquina de hilar al ordenador. ICKS, M. (1998). El futuro del trabajo. En La Revista, núm.22, agosto. Véase en http://www.aet-es.org/docs/doc_03.html.

_____. (1988). ¿Teletrabajo o "Work Nouveau"? En Revista En Línea, octubre. Vid. <http://www.aet-es.org/docs>. Informe para la Comisión Europea sobre "Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa". (1999), coordinado por A. Supiot.

- Vega Fernández, J. M. y Galán Galán, S. (1996). *Internet. Al Día en una Hora*. Anaya Multimedia Lanzavecchia, G. (1996). *Il lavoro di domani*. Roma,
- Linares y Ortiz. (1995). *Autopistas Inteligentes*. Madrid: Fundesco.
- Lo Faro. (1998). En relación con esta afirmación, contenida en la presentación del Proyecto DIPLOMAT de la Comisión Europea.
- Matias, G, (1998). El trabajo en el espacio y el tiempo digital. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, economía y sociología*, núm.11.
- Moran, J.M. (1998). *Del teletrabajo a la empresa virtual (El futuro del trabajo en la sociedad digital)*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Economía y Sociología, núm. 11.
- Marx, K. (1984). *La miseria de la filosofía*. Sarpe.
- Mella Méndez, L. (1998). *Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo*. En AS, Aranzadi Social, vol. V.
- Niells, J. (1973). *The telecommunication-transportation tradeoff. Opinions for tomorrow and today*. Jala International, California.
- Neila Muñoz, C.M. (1999). *El Teletrabajo. Psicopatología Laboral*. 3º Educación Social, 1998-99, Formación de Profesorado en Cáceres, UEX (Universidad de Extremadura), 15 de junio.
- Ortiz Chaparro, F. (1996). *El Teletrabajo. Una nueva sociedad laboral en la era de la tecnología*. España: McGraw Hill.
- Poves Paredes, J y Carro Estradé, D. (1998). *Teletrabajo e inserción laboral: hacia un cambio de paradigma*. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Economía y Sociología*, núm. 11.
- MOPT. (1990). Programa Star: Teletrabajo. Dirección General de Telecomunicaciones.
- Sellas I Bevigut, R. Teletrabajo: naturaleza jurídica y relaciones laborales, *Tribuna Social*, CISS S.A, núm. 92/93, (agosto-septiembre).
- Thibault Aranda, X. (1998). Aspectos jurídicos del teletrabajo. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Economía y Sociología*, núm. 11.
- Thibault Aranda, J. (2000). *El Teletrabajo*. Madrid: Consejo Económico Social.

Toffler, A. (1990). *La tercera ola*. Barcelona: Plaza Janes.

«Teletrabajo: mucho más que trabajar desde casa» en la *Revista de Actualidad Empresarial*, en <http://www.sevsigloxxi.org/ActEmpr/teletrabajo.htm>, consultado el 28/04/01.

Una vía Europea hacia la sociedad de la información. Forum, Information Society. Comisión Europea.

Veneziani, B. (1986). News Technologies and the contract of Employment. II *Congreso Regional Europeo de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*, General Reports, Jesglo, septiembre .

Wierner, N. (1965). *The Human use of the Human Being. Cibernetic and Society*. New York.

El elemento de la clandestinidad en el delito de usurpación

Cynthia Dumani Stradtman

Cuando se trata del delito de usurpación, muy a menudo surgen inquietudes respecto a los elementos que lo configura. Claramente se tiene establecido que este tipo penal tiene como bien jurídico tutelado la posesión que puede o no venir acompañada de la propiedad.

Lo que la ley protege no es propiamente el dominio sobre el inmueble, sino el ejercicio de facultades originadas en derechos reales que se ejercen sobre él, ya procedan del dominio o de otras circunstancias o relaciones; o sea, la tenencia, la posesión o el ejercicio de otro derecho real que permite la ocupación total o parcial del inmueble. (Creus, 1995, p. 591).

Por lo que es necesario que quien se reclama perturbado en su derecho sobre un inmueble debe al menos estar ejerciendo activamente la posesión sobre dicho bien.

La posesión es una subordinación de hecho, consciente y tutelada por el ordenamiento jurídico que se ejerce en los bienes de forma exclusiva, total o parcial, lo cual genera que la persona actúe sobre los bienes como su titular, con las limitaciones que señala la ley y el interés social (ZELEDÓN, Ricardo. "La Posesión"). Dicha subordinación es de hecho, pues se contrapone a la de derecho, o sea que para la posesión es trascendental el poder físico frente al jurídico, sin que ello implique desconocer lo jurídico ya que éste es fuente de derecho. La consciencia se relaciona con el tener "animus domini", o sea voluntad de poseer para que los actos posesorios tengan plena validez. La exclusividad significa que la persona debe ejercer su derecho posesorio sobre un determinado bien, sin que sea posible que otra la ejerza sobre él. Por último, la posesión implica un "actuar como titular", lo que es diferente del "ser titular", puesto que esto último está relacionado con el derecho de propiedad. (Tribunal Segundo Civil Sección 247 9:40:00, 12/05/2009).

Ahora bien, en cuanto al delito de Usurpación, uno de los elementos del tipo penal que genera discusión es el de la clandestinidad. La clandestinidad es el

estado de una situación jurídica (ej. la posesión) o frecuentemente de un acto jurídico (ej. formación de un matrimonio, constitución de una sociedad), que continúa secreta cuando es de interés de terceros tener conocimiento de ella. (Guillien y Vincent, 2008, p. 70).

Demostrada la clandestinidad y siendo un elemento de la usurpación, se configura el tipo penal, sin que sea adicionalmente necesario otro requisito, ya que es un presupuesto independiente que, al igual que otros (por ejemplo el abuso de confianza), se basta por sí mismo, debiéndose únicamente comprobar adicionalmente la posesión del sujeto pasivo y la perturbación del sujeto activo sobre la tenencia del primero.

El artículo 225 del Código Penal establece los requisitos para la configuración del delito de usurpación, siendo uno de ellos el despojo del terreno de quien posee utilizando la clandestinidad. En ese sentido, se impone una

pena de seis meses a cuatro años en los siguientes casos:

1) *A quien por violencia o amenazas, engaño, abuso de confianza, o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes.*

2) *A quien para apoderarse de todo un inmueble o parte de él, alterare de todo un inmueble o parte de él, alterare los términos o límites.*

3) *a quien, por violencia o amenazas turbare la posesión o tenencia de un inmueble.- (Así modificado mediante Ley 8720 del 4 de marzo del 2009, publicado en La Gaceta n.º 77 del 22 de abril de 2009).*

Se trata de un delito de acción pública perseguible solo a instancia privada (artículo 18, inciso c) del Código Procesal Penal).

A. La clandestinidad: concepto

Uno de los elementos de tipicidad de este injusto penal es la “clandestinidad”.

La clandestinidad es la cualidad de clandestino, la cual se define como “*secreto u oculto, y especialmente hecho o dicho secretamente por temor a la ley o para eludirla*”. (Real Academia Española, 2001, p. 381).

La clandestinidad ocurre cuando se realiza algo en forma oculta o secreta. ¿Pero oculta o secreta para quién? ¿Podría considerarse que el acto que se oculta o que es secreto debe serlo para la generalidad de las personas, o solo se debe entender que lo sea para la persona afectada; es decir, quien mantiene la posesión sobre el inmueble en cuestión? ¿Puede entonces despojarse al sujeto pasivo en forma clandestina u oculta?

En realidad esa actuación oculta debe ser para quien sea la persona afectada; es decir, la persona poseedora o tenedora del terreno perturbado. Por lo que

basta que el infractor aproveche la ausencia del titular [...] -Sobre este aspecto, no puede ignorarse, lo que menciona Soler, quien señala que una de las típicas manifestaciones de la clandestinidad se produce cuando la usurpación se ejecuta respecto a inmuebles temporalmente deshabitados. (Soler, Sebastián. “Derecho Penal”- Tomo IV- Ed. TEA- Argentina 1873, p. 455). (Voto 107-2006 del Tribunal de Casación Penal, del Segundo Circuito Judicial de San José, de las diez horas cuarenta y dos minutos del nueve de marzo de dos mil seis).

Se entiende entonces que el despojo puede ocurrir en forma oculta, es decir, “clandestina”, para luego enterar a quien ha sido despojado de que ha sido perturbado en su posesión, una vez que los actos perturbatorios se han dado.

La doctrina ha indicado que solo es necesario que no esté quien es titular, y que esto sea aprovechado por el sujeto activo para que se configure el delito y se dé el elemento de clandestinidad. (Sobre este aspecto Fontan Balestra, 1975).

Sin embargo, no solo que no esté es aprovechar que no está atento a los actos perturbatorios clandestinos para que se establezca el delito. Es como se ha entendido en la jurisprudencia general respecto a la actuación del sujeto activo:

El concepto de clandestinidad supone una actuación secreta y oscura, el término utilizado en el ilícito de usurpación debe entenderse en relación al poseedor o tenedor del inmueble, y no respecto a otras personas que por eventualidad, pero sin relación detentadora se encuentren en él.

(Voto 152-F-97 de las 11.20 horas del 28 de febrero de 1997, Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito de San José).

Es claro que debe entenderse de esta manera, porque la clandestinidad a quien perjudica es a quien posee, por lo que no puede considerarse que no se configura el delito de usurpación cuando el sujeto activo de la perturbación entra al terreno turbado en horas del día, o bajo las miradas de personas vecinas a transeúntes que no tienen interés directo en el inmueble. Puesto que no es requisito del tipo penal que los hechos ocurran en la noche.

El hecho de que su arribo a la vivienda haya sido en horas del día y ante los trabajadores que en ese momento estaban en la casa, pues con respecto a ellos no existía ninguna relación de tenencia o posesión sobre el inmueble; siendo lo verdaderamente importante, y por ende con repercusiones jurídicas, el hecho de que la inculpada aprovechó la circunstancia de que el ofendido se encontraba ausente para proceder a ingresar a la propiedad y mantenerse en ella, despojando a aquel de su legítima posesión al excluirla del uso y goce pacífico que del inmueble podía hacer en su condición de propietario y poseedor. (Voto 152-F-97 de las 11.20 horas del 28 de febrero de 1997, Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito de San José).

B. Ausencia del poseedor

Tres aspectos hay que resaltar de la persona poseedora o tenedora del bien:

- a) Los hechos ocurren generalmente en ausencia de la legítima persona poseedora.
- b) La persona poseedora no tiene obligación de estar todo el tiempo en él o tener a alguien veinticuatro horas en el terreno para que pueda existir la perturbación proveniente de la actuación clandestina del sujeto activo. Considerar lo contrario sería ir contra la lógica y el sentido común, ya que la persona poseedora del terreno también es un ser humano que necesita suplirse de bienes para subsistir, debe acudir al médico o a la médica; visita a personas amigas y familiares; se va de vacaciones y puede tener también un trabajo fuera del lugar donde se encuentra el inmueble que lo obligue a permanecer por varias horas fuera del terreno que posee. Incluso el inmueble puede que lo visite regularmente, pero no diariamente, ya que no necesariamente que posea el terreno implica que sea su lugar de residencia.
- c) Aunque su presencia en el terreno no sea las veinticuatro horas del día, hay que recalcar que la posesión del sujeto pasivo o víctima debe ser activa, mediante el cuidado de cercas, chapeas, reparación de lo que se tenga construido, o bien, mediante cultivos, ganado, regeneración forestal, alquiler a terceras personas que utilicen o posean el inmueble en su nombre.

Es importante destacar que la entrada de la persona invasora en forma clandestina; es decir, la perturbación de la posesión en forma oculta, ocurre generalmente cuando la persona poseedora está ausente, o cuando no pueda percatarse de la acción de quien pretende tomar el inmueble en esa forma.

Evidentemente, y como se indicó, no se puede esperar que la persona poseedora permanezca todo el tiempo en el inmueble; pero tampoco es su obligación que tenga un guarda en la entrada del terreno o haciendo rondas, ya que tener terceras personas al cuidado de lo propio genera gastos que muy a menudo la persona poseedora no puede desembolsar.

Tampoco la ley exige la permanencia continua del poseedor o propietario de modo continuo en el terreno ni el pago de una vigilancia, para entender que realiza actos de posesión en el inmueble. (Tribunal de Casación de Cartago, voto número 166 de las dieciocho horas cincuenta minutos del quince de junio de dos mil nueve).

Sin embargo, y como ya se ha mencionado, es de especial importancia destacar que el sujeto pasivo sí debe demostrar que realiza actos posesorios en el terreno perturbado, porque quien está legitimado puede excluir la invasión o denunciar, ya que la posesión es el bien tutelado en el delito de usurpación, sin que necesariamente se tenga propiedad del inmueble.

La clandestinidad ha de entenderse, en relación a quien legítimamente pueda excluir la invasión en el fundo, pues es la única persona interesada en que el hecho no suceda [...]. (Tribunal de Casación de Cartago, voto número 166 de las dieciocho horas cincuenta minutos del quince de junio de dos mil nueve)

C. El sujeto activo debe tener conocimiento que no tiene legitimación para entrar en el inmueble

El sujeto activo debe tener conocimiento que no tiene legitimación para entrar en el inmueble, y lo hace sabiendo que se oculta de su legítimo poseedor. Es decir su actuación debe ser dolosa.

[...] la inculpada aprovechó la circunstancia de que el ofendido se encontraba ausente para proceder a ingresar a la propiedad y mantenerse en ella, despojando a aquél de su legítima posesión al excluirlo del uso y goce pacífico que del inmueble podía hacer en su condición de propietario y poseedor. (Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste, voto 152-F-97 de las 11:20 horas del 28 de febrero de 1997).

D. Conclusiones

Se puede concluir entonces que la clandestinidad se demuestra cuando el sujeto pasivo ingresa al inmueble en secreto, despojando de la legítima posesión de quien la tiene en forma pública, pacífica y a título de dueño. Este ingreso puede ocurrir en ausencia de la persona poseedora, o bien mediante mecanismos que no logre ser percibido. La clandestinidad no precisa de un momento preciso, puede darse a cualquier hora del día, sin tener alguna importancia que suceda delante de personas o vecinos que no tengan interés sobre el inmueble. Debe existir un ánimo claro del sujeto activo de despojo de la posesión o la tenencia del sujeto pasivo en forma dolosa. La clandestinidad es un elemento independiente, por lo que basta su demostración para que el tipo penal de la usurpación se configure.

Bibliografía

Creus, C. (1995). *Derecho Penal. Parte especial*, Buenos Aires: Editorial Astrea,

Fontan Balestra, C. (1975). *Derecho Penal*. Tomo VI, Argentina.

Guillien, R. y Vincent, J. (2008). *Diccionario Jurídico*. Bogotá: Editorial Temis S.A.

Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la Lengua Español*. Vigésima segunda edición, tomo 3. Madrid: Espasa.

Derecho Costarricense: Pincelada Geopolítica.

Daniel Montero Bustabad¹

Resumen

La jueza o el juez, para elaborar (“aplicar”) correctamente el Derecho, debe comprender de dónde viene y a dónde va el Derecho costarricense, es decir, debe situar nuestro Ordenamiento desde unas determinadas coordenadas geopolíticas. El artículo explica cómo en el pasado y en el presente, el Derecho costarricense no es anglosajón, sino, fundamentalmente, Derecho español (comprendiendo por tal España y Latinoamérica), y cómo el futuro humanista llama a nuestro Ordenamiento a profundizar el camino español de la justicia.

1. Introducción

La visión de la filosofía positivista marca la vida diaria de muchos seres humanos. Así, es frecuente encontrar amistades y hasta colegas que, en sus actividades de tiempo libre, toman como referencia cultural el mundo anglosajón. En tal sentido, el cine que ven, la música que escuchan, las noticias que perciben por televisión, la ropa que compran, sus los sermones que escuchan, centros de entretenimiento o compras... se basan en modelos anglosajones; provienen o se inspiran directamente en las pautas de esa cultura.

Por ello, con el paso galopante con el que se extiende la globalización, no sería de extrañar que se llegaran a preguntar lo siguiente: Si no sería mejor que el Derecho al cual debemos aspirar, así como las reformas legislativas, la doctrina y la jurisprudencia fueran mayormente de inspiración anglosajona, especialmente en materia económica. Ello se vería potenciado por el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos.

A refutar esta idea y a ofrecer la consiguiente alternativa, se dedica la presente pincelada geopolítica en materia de Derecho.

El cometido de la presente obra resulta necesario hacia el aporte de elementos teóricos requeridos en el posterior abordaje de los retos del Derecho Ambiental. El carácter previo de la materia que se va a tratar se desprende de la importancia que para el ejercicio del Derecho Ambiental actual reviste el fenómeno de la globalización del siglo XXI con su impronta anglosajona y, por tanto, el papel creciente que tendrá la práctica ambiental con el ojo puesto en la doctrina que establezcan los paneles arbitrales de protección de personas inversionistas extranjeras.

1. Daniel Montero Bustabad, mayor, soltero, cédula 1-839-045, abogado, vecino de San Rafael de Montes de Oca, Del Parque del Este 500 metros este y 75 metros sur. berryweb@ymail.com derechonatural@terra.es. Abogado en ejercicio. Egresado del Programa Doctoral en Derecho Público (Universidad Autónoma de Madrid). Curso de Postgrado en Organización Territorial del Estado (INAP, Madrid). Licenciado en Derecho con Premio Extraordinario de Licenciatura al mejor estudiante (Universidad de Alcalá, España). Coautor del libro Recopilación de Jurisprudencia sobre Medio Ambiente publicado por el Ministerio español de Medio Ambiente.

2. Importancia de la geopolítica

Inglaterra puede considerarse la cuna de la cultura anglosajona, el centro neurálgico del Reino Unido y el corazón de la Mancomunidad Británica. Pues bien, el espíritu de Inglaterra, lo especial y peculiar de esa nación, no surgió de la invasión romana, ni tampoco de su retirada y posterior colisión entre sajones y anglos, ni en el erigir Westminster por parte de Eduardo el Confesante, ni aun de la masacre de Hastings.

La tesis Schama (2000) apunta que el nacimiento de Inglaterra debe buscarse en el planteamiento visionario de Sir Alfred, rey de los anglos y sajones.

Recordemos que al borde del siglo décimo AD, la mitad de Inglaterra era dominada por los paganos escandinavos, mientras que el fragmento restante constituía un conglomerado bastante fragmentado de sajones y anglos, divididos. En ese entonces no se había concebido la idea de "Inglaterra", sino que existía una serie de cacicazgos descoordinados, distintos, que se veían a sí mismos como antagonistas, pero vecinos de Escandinavia.

Sir Alfred apuntó hacia un cambio histórico. Su obra consistió en unificar los distintos cacicazgos sajones y anglos en lo que posteriormente sería un reino anglosajón, y enfrentó militarmente a los escandinavos y los forzó a ocupar una porción menor del territorio actualmente inglés. La razón de su visión se encontraba en lo que nosotros llamamos hoy una concepción geopolítica. La visión geopolítica de Sir Alfred (Schama, 2000) se basó en lo siguiente:

1. Lo que eran cacicazgos fragmentarios, en realidad debían llegar a constituir una unidad superior, un reino, Inglaterra, de sajones y anglos.
2. Inglaterra no debía verse como una colonia escandinava ni como un reino en la órbita cultural pagana de Escandinavia.
3. Inglaterra debía considerarse a sí misma (lo que el historiador Simon Schama denomina gráficamente "the place of England in the scheme of things") como el bastión occidental del mundo (europeo) cristiano.

Insistimos en que el cambio realizado por Sir Alfred representa (valga el anacronismo) un giro copernicano: un cambio total. Inglaterra después de verse como fragmentos de un conglomerado de reinados paganos escandinavos, pasó a verse como una unidad con una gran misión: ser defensores y representantes de la cultura europea cristiana.

El pensamiento de Sir Alfred cobra importancia para la historia de los derechos humanos al estudiarlos específicamente partiendo de un marco jurídico. Así se puede afirmar que el aporte del cristianismo supuso un avance en el ámbito de los derechos humanos, especialmente en comparación con la forma de vida vikinga¹.

Con lo anterior se ha mostrado que una correcta visión geopolítica de un país reviste gran importancia para lo que una nación puede llegar a ser. Es el modo de cómo una comunidad se percibe a sí misma; cómo interpreta su pasado y en qué dirección avanza hacia su futuro; es decir, su misión en la historia.

1. Para conocer lo que puede ser el paganismo antes del judeocristianismo, basta considerar la apología de la crueldad del pagano Nietzsche (Nietzsche, 1984, p. 120 ss.)

3. El reto para el Derecho costarricense

Resaltábamos al principio del presente documento que Costa Rica no debe considerarse a sí misma como una célula de la cultura anglosajona. Es cierto que el fenómeno de las privatizaciones, de inspiración estadounidense, se extiende por todo el mundo; que la globalización puede verse parcialmente como un producto anglosajón, y el derecho de dicha órbita ha marcado y marca profundamente el Derecho mercantil más actual. Sin embargo, consideramos que la tesis de muchas personas bienintencionadas que ven a Costa Rica como parte de la cultura anglosajona mundial y, por tanto, nuestro Derecho como un Derecho que va apuntando hacia la órbita cultural anglosajona, resulta sumamente perjudicial.

Lo anterior se basa en que percibir geopolíticamente a Costa Rica en clave anglosajona implica abandonar la vocación singular de nuestro país como máxima expresión del legado jurídico hispano (“hispano” como la unión inseparable de lo español y lo latinoamericano).

El Derecho costarricense puede representar un mejor aporte al mundo, si se percibe geopolíticamente como un bastión del Derecho hispano, como uno de los máximos logros del Derecho hispano.

4. El Derecho hispano en lo civil

El Derecho hispano nació de la conjunción de los Derechos romano tardío y del germánico (De Castro, 1984, p. 139 y s.; Castán Tobeñas, 2005, p. 178 y ss.)². Sin embargo, no se trató de cualquier tipo de fusión jurídica, sino una muy especial, en la cual se aunaron los aportes de la primacía del bien común con visión universal, por parte de uno de ellos y, de parte del otro, el aporte del respeto a la persona y sus fines, enriquecidos con los valores jurídicos cristianos a partir del Derecho Canónico. (De Castro, 1984, p. 140).

El primer texto jurídico que puede llamarse propiamente hispano es el Fuero Juzgo, el cual se liga precisamente a un representante del Derecho Canónico como San Isidoro. Destaca su importancia el mejor jurista español de todo el siglo XX, Federico de Castro³, cuyas virtudes son resaltadas por su discípulo, bien conocido en

2. En cuanto a la no procedencia del modelo inglés, Castán Tobeñas señala (p. 166): “El Derecho inglés, aunque sea digno de la atención del jurista por su originalidad, lo mismo que por la plasticidad de sus fuentes, y aunque alcance hoy un radio de vigencia bastante extenso, adolece en gran parte de una contextura abigarrada y representa, cuando menos desde su aspecto formal, un sistema jurídico más primitivo que el continental. Además, su mismo carácter peculiar y *sui generis*, resultado de haberse desenvuelto sin contacto apreciable con los Derechos continentales, le resta importancia para nosotros”.

3. De Castro (1984, p. 141): “No es una simple coincidencia que el nombre de San Isidoro (570?-636) de Sevilla figure en la primera manifestación consciente del sentimiento nacional y que **el propósito de convertir en organización unitaria y española –homines hispani- a la orgullosa nobleza goda y a la masa de hispano-romanos bajo las mismas leyes, esté presidido por su discípulo San Braulio de Zaragoza (+ 646); el pueblo se une y organiza en torno y para la realización del ideal católico.** Esta inspiración y origen hace que el Fuero Juzgo, nuestro primer gran texto legal, contenga en germen los principios señeros que han de caracterizar a toda nuestra legislación: subordinación del Derecho humano a la Justicia divina; unidad orgánica de todo el Derecho bajo los principios de comunidad y personalidad; respeto a la personalidad humana, concediéndose valor primario a la honra y dignidad... **subordinación de las conveniencias del tráfico a los dictados de la Moral.** Las corrientes jurídicas germánicas y romana aparecen así por primera vez fundidas en un nuevo Derecho, en la tentativa de realizar la unidad nacional. De aquí el valor intrínseco y simbólico que el Fuero Juzgo ha de tener en nuestro Derecho”. (Los énfasis no son del original).

Es decir, en el Fuero Juzgo se pone por escrito lo que caracteriza el Derecho hispano: una combinación original de Derechos romano, germánico y el cristianismo, de modo que se estructura la convivencia de dos pueblos distintos (hispano-romanos y godos) bajo un Fuero eminentemente cristiano, con principios basados en la importancia de la persona, el bien común, y la primacía de la moral por encima de las conveniencias del tráfico económico.

Costa Rica, Luis Díez-Picazo (1984, p. VII y ss.), catedrático de Derecho Civil y ex magistrado del Tribunal Constitucional español. Pues bien, para De Castro la obra del Fuero Juzgo constituye la estructuración de la convivencia de dos pueblos que se unen, el hispano-romano y el visigodo, pero no se unen por unirse, sino para encarnar los valores del cristianismo bajo un texto jurídico realizador de la idea católica de vida, plasmando principios del Derecho Canónico.

Resulta así que el Derecho hispano que nos llega a Costa Rica vivió un largo crecimiento de siete siglos, (Castán 2005, p. 184 y ss.) pasando por los Fueros locales, como el Fuero Real, la insigne obra de Las Partidas del Rey Sabio, don Alfonso X⁴, el Ordenamiento de Alcalá, Las Leyes de Toro y la Nueva Recopilación. Este es el Derecho que llega a Costa Rica, nuestro Derecho hispano.

El Derecho español se hace Derecho hispano en la época de la Segunda Escolástica⁵, de la escuela española católica de Derecho natural. Frente a los países que abrazan la Reforma Protestante y, por consiguiente, separan radicalmente el Derecho de la moral como si fueran dos mundos divergentes casi sin ninguna relación.

-
4. De Castro (1984, p. 143 y ss.): "Responde al ideal católico de la Edad Media. No se considera al interés como fin ni a su protección como la función del Derecho. El Derecho humano no es independientes ni obra libre del príncipe. Derecho objetivo y derechos subjetivos existe o se atribuyen sobre la base de su sumisión al Derecho divino. La organización de la sociedad aparece como una red de mutuas relaciones [...] las leyes, reglas y privilegios que los subordinan entre sí, los juntan y aúnan, porque la ley humana es sólo reflejo de la universal y eterna Ley divina. Se ha dicho que Las Partidas son una copia del Derecho romano [...] pero su espíritu es completamente distinto [...] la diferencia esencial está en que parte de una idea de la vida distinta de la romana... el conjunto de sus disposiciones se haya impregnado del espíritu católico; el ordenamiento jurídico se concibe como un todo orgánico; el fin supremo del libro es ayuntar el amor del hombre con D-os por medio de la fe y de los hombres unos con otros, por la Justicia y la verdad; es cierto que el legislador no puede ser obligado 'por premia', pero está vinculado por estrictos deberes morales y jurídicos, respecto de sus naturales, de sus vasallos, y de la Patria. Nada más lejos de la concepción abstracta y fría del Estado legalista [...] La peculiaridad española de Las Partidas aparece bien clara, al encarnar los sentimientos básicos que inspiran el pueblo español: honor, lealtad y dignidad [...] pero aun en las materias técnicas, en las que parece haberse conservado más fielmente la doctrina romana, se ven desviaciones, no por poco aparentes menos reales, debidas a instituciones o costumbres no romanas".
 5. De Castro (1984, p. 158 y ss.): "Característica de la doctrina española es la íntima conexión entre el Derecho y su base teológica; los actos se valoran por su significado moral, las cuestiones no se miran sólo en su aspecto social y político, sino casos de conciencia. De aquí la importancia que los estudios de los teólogos tendrán en nuestro Derecho. Pocos eran los civilistas que no eran también buenos conocedores del Derecho natural; pero son los teólogos los que crean las bases filosóficas de nuestro Derecho, en lo que se ha llamado la escuela española de Derecho natural. Esta dependencia respecto al pensamiento eclesiástico no imprime a la doctrina –como se ha creído– un carácter monjil ni timorato, ni origina un espíritu enfermizo de 'oscurantismo' servil hacia hombres y teorías; todo lo contrario, los maestros elevan su voz en un tono noble y elevado y escriben con un estilo tan recio, que parece hoy extrañamente bronco, con una libertad en el planteamiento de hipótesis sorprendentes para la mojigatería moderna y una originalidad y personalidad en las ideas de osadía máxima. El cuerpo de sus doctrinas es una defensa ardiente de los derechos y libertades de la persona; el valor de la Justicia se eleva, la obediencia a las leyes, los deberes de las autoridades encuentran una base trascendente en la Religión y en la Moral; ella, a su vez, otorga a los razonamientos de los autores una fuerza tan grande que los hace enfrentarse, con energía sin ejemplo, e incluso pedir cuentas, a monarcas y autoridades, del modo cómo usan sus prerrogativas en beneficio del bien común".
Véase, por otra parte, Muñoz Machado (2006, p. 116 y ss.): "El descubrimiento teórico de más importancia de toda la historia constitucional son los derechos fundamentales. Durante centurias los derechos de los individuos estuvieron restringidos a clases o corporaciones determinadas y privilegiadas. Hasta los siglos XVI y XVII no aparecen ensayos bien organizados para fundamentarlos en la teoría filosófica [...]".
Continúa: "Los autores españoles, sólo con gran timidez, se han permitido atribuirse una cierta inspiración de todo ese gran movimiento filosófico, cuando, sin ninguna dura, fueron el primer motor, y ofrecieron las primeras referencias y aplicaciones prácticas con ocasión de la conquista de América [...] la preocupación acerca de si todos los hombres tienen unos derechos innatos que no pueden ser violados por el poder, nace principalmente en la doctrina española [...]".
Prosigue: "Parece ello de todo punto evidente, aunque no pocas veces, no es fácil adivinar por qué suerte de complejo, la doctrina española ulterior no lo ha afirmado con seguridad [...] Francisco de Vitoria será el arco de bóveda de la monumental creación intelectual en defensa del reconocimiento de los indios como hombres y la proclamación de la universalidad de los derechos humanos [...] Vitoria introduce un elemento personalista en los derechos políticos que antes sólo se aplicaba a los derechos civiles. Aquéllos se considerarán por el profesor salmantino derechos innatos exigibles también frente al Estado [...] es Vitoria el que maneja tanto el concepto de sujeto individual como el de derechos colectivos [...] busca Vitoria una serie de principios informadores de derecho natural en los que va a apoyar toda su argumentación. Serán: la dignidad de la persona humana, el ser humano como sujeto absoluto de derechos, el pluralismo de culturas, la libertad de decisión de los hombres y la igualdad entre todos ellos".

La escuela hispana, por el contrario, toma otra ruta, (De Castro, 1984, p. 167) manteniéndose fiel a la concepción cristiana para la cual, aunque el Derecho y la moral no sean lo mismo, sí se los entienden en íntima relación⁶. El Derecho solo es Derecho si se percibe bajo su fundamento (teológico) moral. El Derecho hispano tiene como fin irrenunciable moralizar a la sociedad (De Castro, 1984, p. 167). Los maestros españoles escribieron obras también sobre lo que hoy llamamos Derecho mercantil, aplicando esta concepción moralizadora del Derecho. (De Castro, 1984, p. 159).

Consecuencia de lo anterior es que, frente a los Derechos protestantes para los cuales la seguridad del tráfico (comercio) económico es lo más importante para el Derecho, para las naciones hispanas, el Derecho, al tener como fin moralizar la sociedad, no toma como pauta fundamental la seguridad del tráfico, sino la justicia, incluyendo la protección a los contratantes incapaces o con dificultades o peculiaridades. *Para los Derechos hispánicos, el ser humano, con sus necesidades concretas, en virtud de la concepción moralizadora del Derecho, es más importante que la seguridad mercantil⁷. Este es un gran aporte jurídico hispano al cual no puede ni debe renunciar Costa Rica.*

5. El Derecho hispano en lo constitucional

Demos un salto temporal y lleguemos al siglo XIX y la Constitución de Cádiz (1812), en la cual el representante costarricense desempeñó un papel fundamental (Fernández guardia, 2005). Don Florencio mostró una ejemplar comprensión del papel geopolítico costarricense como protagonista del Derecho hispano. Llama asimismo la atención su profundísimo cristianismo (como sacerdote) y, a la vez, su pleno respeto a la libertad de la razón como motor de los avances de las ciencias, artes... y del Derecho. Sus compañeros constituyentes mostraron, con variaciones, similares inclinaciones, y su obra magna merece pasar a la historia como ejemplar, la Constitución, nuestra Constitución de 1812, la Constitución de todas y todos nosotros.

-
6. Por su parte, Castán (2005, p. 61) señala: “[...] hay que reconocer que los aciertos de detalle que tengan en su haber los modernos sistemas jurídicos no compensan el fundamental defecto en que suelen incurrir la generalidad de ellos, a partir del siglo XVII, al romper o relajar los vínculos del Derecho con la moral. El secreto de un buen sistema jurídico radica en la conciliación del elemento metafísico y ético con el histórico-social. Ha de buscarse el doble contacto del Derecho con la metafísica y con la vida. Tarea de nuestros días es superar el unilateralismo en la concepción del Derecho a que conducen, en opuestos sentidos, tanto las escuelas racionalistas, normativistas y conceptualistas, como las posteriores y antagónicas posiciones vitalistas e irracionalistas”.
 7. Ver las citas precedentes. Además, de Castro (1984, p. 117, 118, 122 y 123): “El estado de la persona, la organización de la familia, las agrupaciones humanas de carácter civil y el tráfico general de bienes no pueden ser reglados por meras disposiciones técnicas; están en contacto estrecho con las normas de Derecho natural, dependen de ellas y están a la vez arraigadas en la concepción tradicional de la Nación. Ni el hombre, ni la familia, ni la distribución de la riqueza se consideran como fines aislados; son elementos de una organización superior para el fin más amplio del bien común [...] El Derecho civil, en vez de concebirse desconectado con el Derecho público, se considera en su más estrecha coordinación, dirigidos ambos a realizar el plan general del Estado [...] Su extensión mínima se deriva de su contenido material; se encuentra en cualquier género de disposiciones o de textos legales; corresponde al Derecho civil, y está **sometido a sus principios** [moralizadores] todo lo concerniente a la organización de la familia, significado de la persona y **canalización de la iniciativa individual y la regulación del poder y medio de transmisión de los modos de riqueza** [...] Todavía se sostiene por algunos autores la conveniencia de separar a la familia y a la persona del estricto Derecho privado, que debería reducirse a la regulación de la ‘vida económica’ [...] La corriente que ha pretendido sacar el Derecho de familia del Derecho civil, lo hace por concebir a éste como el reino del arbitrio individual; las aspiraciones que ahora, mal aconsejados autores, revisten, son las mismas del más abstracto y mercantilista pandectismo [...] Estas propuestas, incluso las mejor intencionadas, suponen un peligro gravísimo para la ciencia y para la ‘política del Derecho’. El Derecho de la persona, de la familia y de los bienes y de su tráfico deben estar íntimamente unidos, si no en la misma ley –cosa secundaria- bajo los mismos principios; no hay que aislar el Derecho de la persona y de la familia ante el temor de su contagio por el materialismo del Derecho patrimonial, al contrario, hay que hacer que las normas de éste se inspiren en los **principios del predominio del valor personal**, respeto a la palabra dada, restablecimiento del significado del honor en el tráfico, **supremacía de la relación causal** [base jurídica para defender a los débiles] y de la **buena fe, sobre las exigencias de la seguridad mercantil**” (La negrilla y el subrayado no son del original).

En la Constitución de Cádiz encontramos una unión de dos elementos que solo se presenta en los países hispanos: el cristianismo y el racionalismo liberal político, proto-democrático. Mientras en otras naciones reinó una separación radical entre una Iglesia que decidió ser antiliberal, antidemocrática y antinacional, por un lado, y el racionalismo liberal totalmente secular y anticristiano por otro. En el mundo hispano ambos elementos se unieron en un fruto jurídico de primer orden: la Constitución de Cádiz. Quienes forjaron la Constitución de Cádiz decidieron incorporar la novedad teórica de los derechos fundamentales y la división de poderes. Sin embargo, a diferencia de Francia, realizaron una relectura de la historia jurídica hispana, y no vieron que los mismos se contrapusieran a las características del Derecho hispano medieval. Por el contrario, los padres de Cádiz entendieron que los derechos fundamentales son conquistas ganadas por el Derecho

medieval hispano (y muchas veces suprimidos o puestos en peligro por el Derecho moderno –siglos XVI al XVIII), de modo que la Constitución lo único que hacía era poner por escrito en un texto sintético con principios coherentes (código) los logros que en la materia ya se habían alcanzado en el Medioevo.

En cuanto a la división de poderes, la misma es percibida como una simple mejora contemporánea de las técnicas de gobierno; pero no con técnicas totalmente disímiles a otras técnicas medievales⁸, las cuales conocían conquistas como el Justicia Mayor (inspirador de los modernos defensores del pueblo), las Cortes (inspiradores de las Asambleas Legislativas), jueces y el Rey.

Resalta el logro hispano de conjugar constitucionalismo y cultura cristiana, en una unidad superior tendente a preservar la libertad, pero conservando el carácter moralizador del Derecho de inspiración cristiana.

Este proceso toma mayor auge a mediados del siglo XIX cuando llega a Costa Rica la elaboración española del krausismo, el cual envuelve el pensamiento y la cultura costarricenses. A finales del siglo XIX, se imbrica con el positivismo, formando el krausopositivismo como cultura humanista (Montero Segura).

Remontándonos a la Costa Rica de la década del cuarenta del siglo XX, aplaudimos el acuerdo entre el partido comunista, el partido demócrata-cristiano en el Gobierno y el episcopado, para promulgar las garantías sociales. Aquí se mostró la misma concepción hispana del Derecho que protege los derechos fundamentales (aquí en su aplicación al contrato de trabajo y a la acción administrativa) desde un completo compromiso cristiano, respetuoso también de la libertad de pensamiento y de la libertad política. *No podemos perder este aporte hispano al Derecho.*

8. Sobre todo este tema véase Muñoz Machado (2006, p. 191 y ss.): “La Constitución de Cádiz integrará prodigiosamente los requerimientos de una y otra corriente ideológica. En su texto está recogido todo cuanto hay de esencial en las Constituciones revolucionarias de finales del siglo XVIII. Por supuesto, la organización de los poderes, separándolas y atribuyéndolas, en régimen de contrapesos y equilibrios, las funciones ejecutiva, legislativa y judicial; y también la garantía de los derechos. Estos se declaran con un énfasis no menor y utilizando un repertorio similar al utilizado en las Declaraciones americanas y francesa. Pero no se levanta en un documento formalizado aparte de la Constitución, ni siquiera se recogen en un capítulo especial dedicado a la relacionarlos. Se reconocen dispersamente, entreverados en el articulado general [...]”.

Continúa: “El Discurso Preliminar de Argüelles es una explicación inteligente y eficaz de cómo en España, realmente, se había llegado a hacer una Constitución sin hacerla verdaderamente. Es decir, se habían traído a un texto formal nuevo (esto es, el puro revestimiento formal, la vestidura renovada, era lo que se había añadido) instituciones, garantías, procedimientos y libertades que habían estado vigentes en España durante siglos [...] La Constitución de 1812 es el primero y más evidente ejemplo de actualización o mejoramiento de instituciones históricas en un marco formal y positivo nuevo, técnica ésta que ha seguido pegada a nuestros períodos constituyentes, como aditamento peculiar de la teoría política española, hasta aparecer [...] en la Constitución de 1978, Disposición Adicional 1.ª”.

6. El Derecho hispano en lo administrativo

Desde otro ángulo, el constitucionalismo no fue el único aporte jurídico recibido de Francia. Los países hispanos decidieron basar su Derecho administrativo en el modelo francés y, por consiguiente, configuraron un Ordenamiento que obligaba a la Administración Pública a asumir un papel activo en la vida económica, con intervención de monopolios públicos, de empresas públicas, de enteros sectores económicos sujetos a concesión administrativa, con una propiedad privada al servicio de su función social, con múltiples injerencias públicas. Se destaca especialmente el papel de la Administración Pública de intervención activa con prestaciones sociales de todo tipo a favor de las personas más necesitadas.

Muñoz Machado señala que esto último, la Administración prestacional, es un rasgo característico de la Administración europea continental que como tal forma parte inseparable de la cultura del continente europeo, sin lo cual el Derecho de los países continentales europeos no sería lo que es (Muñoz Machado, 2006)⁹:

La Administración europea ha tenido un marcado carácter regaliano de los servicios públicos. Estos servicios atañen a actividades de interés general o prestaciones de utilidad para el conjunto del Estado, y deben, por ello, reservarse a la Administración Pública la titularidad y la gestión de los mismos. Frente a esta tradición, la que se ha desarrollado en Estados Unidos ha permitido el libre desenvolvimiento de las empresas privadas en cualquier sector de la economía...

En los años finales del siglo XX, estas diferencias entre sistemas jurídicos se han acortado muy sensiblemente...

De este gran movimiento de liberalización se han librado, sin embargo, los servicios sociales tradicionales que, aunque afectados por una crisis financiera evidente en el último tercio del siglo XX, se han enrocado y resistido como prestaciones a las que los Estados europeos están obligados. El mantenimiento de dichos servicios se ha enraizado en la cultura europea de un modo tan profundo que parece inconcebible la existencia misma del Estado si dichos servicios desaparecieran¹⁰. (Muñoz Machado, 2006, p. 97-98).

Ya aludimos al compromiso costarricense con las garantías sociales. A ello hemos de unir el papel activo que asume la Administración Pública costarricense, y la exigencia que todos y todas le formulamos de trabajar activamente por las personas más necesitadas. *Este es un logro del Derecho hispano al cual tampoco podemos renunciar.*

En un ámbito tan actual como el Derecho Ambiental, debemos partir de esta base, de entender el papel activo que debe asumir la Administración Pública, y que la propiedad privada se caracteriza por su función social, incluyendo lo ambiental (artículo 8 de la Ley de la Biodiversidad), con todo tipo de cargas públicas y limitaciones que de esta se derivan.

Al respecto cabe señalar la importancia que para la Administración Pública (incluyendo la ambiental) va a desempeñar el Tratado de Libre Comercio con su régimen de protección de inversionistas extranjeros

9. Muñoz Machado (2006). En realidad todo el monumental Tomo I de la obra, con sus mil cuatrocientas veintiocho páginas, es una demostración de esto.

10. Muñoz Machado (2006, p. 97 y 98). De manera gráfica, se percibe el contraste entre la actividad de la Administración francesa y la pasividad de la estadounidense en el documental de Michael Moore titulado *Psycho*, de donde se desprende el gran compromiso del Derecho francés con los trabajadores y necesitados, frente a la indiferencia del estadounidense.

mediante paneles arbitrales. En virtud de lo anteriormente indicado, se destaca lo trascendental de que los árbitros que se elijan comprendan profundamente el papel que el Derecho hispano asigna a la Administración Pública, las potestades que le otorga, y su papel activo en la economía. Lo mismo se aplica respecto a la especial configuración pública del derecho de propiedad privada. Paneles arbitrales mal elegidos que solo comprendan el Derecho anglosajón (en cuyo Derecho el papel de la Administración Pública no es activo) cambiarán la función de la Administración costarricense, implicando de *facto* una *mutación constitucional* de gran relieve.

A nuestro entender, la Constitución costarricense vigente se basa en un acuerdo entre los partidos políticos y la Iglesia de cara a proteger los derechos de las personas trabajadoras, y a atribuir un papel activo a la Administración Pública en beneficio de las personas más necesitadas. Es decir, la Constitución actual se basa en una concepción hispana del Derecho. Si los paneles arbitrales no comprenden las especiales características del Derecho hispano y si no muestran un profundo compromiso con aquello que defiende el Derecho hispano, se violaría la Constitución costarricense vigente. De ello destaca el papel trascendental de la correcta elección de los árbitros. En este contexto, deben ser interpretadas las materias que sobre materia registral se inspiran en el Tratado de Libre Comercio, para que la procura de seguridad en el tráfico económico que busca el Tratado no sea en completo detrimento de la justicia social.

7. Costa Rica como el máximo logro del Derecho hispano

El Derecho costarricense, para ser fiel a sí mismo, debe interpretarse de acuerdo con la realidad social (artículo 10 del Código Civil), entendida como las marcas históricas del Derecho hispano, aunadas a los retos del presente, sin perder de vista los rasgos que han caracterizado nuestro Derecho.

El orden de Costa Rica es ejemplarizante de los logros hispanos, en virtud de:

1. Su profundo compromiso liberal democrático. En Costa Rica se ha gozado de libertad política más que en otros países hispanos, la cual ha sido unida a una división de poderes y al respeto de los derechos fundamentales incluyendo la justicia social. La democracia formal representa un logro al cual no se puede renunciar y, por tanto, debemos defender lo que se ha conseguido. Para ello, Costa Rica ha de permanecer como el baluarte de Derecho democrático hispano que representa, como el máximo logro jurídico hispano.
2. El carácter moralizador del Derecho¹¹, aunando libertad y justicia social, con todo tipo de cargas y matizaciones a la libertad contractual y de comercio.
3. Su defensa de los derechos de los contratantes débiles, forjando un derecho que los respeta a ellos más que a la seguridad del tráfico económico.
4. Su concepción constitucional de defensa de las personas trabajadoras.
5. Su carácter constitucional de configurar un papel activo de la Administración Pública en beneficio de las personas más necesitadas y el ambiente, con plena sujeción al Derecho.

11. Fortalecido desde mediados del siglo XIX con el aporte del krausismo español en Costa Rica. Ver Montero Segura.

6. La comprensión del derecho de propiedad privada como caracterizado por su función social, incluyendo ambiental.

Por todos estos factores resulta viable considerar al Derecho costarricense como el máximo logro del Derecho hispano. Esta es la concepción geopolítica del Derecho costarricense que proponemos, y a cuya defensa debe consagrarse, permaneciendo fiel como todo un bastión del Derecho hispano. No se debe perder este logro abandonando la concepción hispana del Derecho por una perspectiva anglosajona radicalmente diferente¹². Ser bastión del Derecho hispano hace de Costa Rica un país especial, con alta, noble y digna vocación, todo un logro que se debe preservar¹³.

8. Conclusión y proyecciones

De lo anterior se desprende el carácter eminentemente hispánico del Derecho costarricense y su aporte altamente positivo. Dicha conclusión nos plantea en relación con el Derecho Ambiental los siguientes ejes temáticos para ser desarrollados en futuros artículos:

1. Cómo una concepción hispana del Derecho moldea la forma donde se debe concebir la elaboración (“aplicación”) del Derecho por parte del proceso de asesoría jurídica en el Tribunal Ambiental Administrativo y, en general, en el Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones.
2. Conceptualización del Derecho ambiental desde una perspectiva hispana.
3. Ética jurídica de la abogada y de la funcionaria ambiental.
4. Ámbito competencial del Tribunal Ambiental Administrativo en relación con otras instancias.
5. Planteamiento del principio de coordinación interadministrativa en materia ambiental.
6. Naturaleza jurídica del deber de someter las obras y las actividades nuevas a evaluación de impacto ambiental.
7. Concepto de daño ambiental y naturaleza jurídica de la indemnización correspondiente.

Escuchemos finalmente a De Castro (1984, p. 7):

Volver la vista y buscar inspiración en la escuela jurídica española no es patriotismo de campanario de aldea; es la convicción objetiva de que ella, al basar el Derecho en los fines últimos del vivir, dándole una base teológica, ha señalado el único modo de conocer la realidad jurídica. Entre el desconcierto y confusión que el pensamiento moderno sufre, ella sola ofrece guía posible y segura. Sus formulaciones datan de los siglos XVI y XVII, pero su espíritu es el tradicional español, informa nuestro Derecho desde el Fuero Juzgo

12. Da mayor énfasis a la seguridad jurídica que a la justicia, separa el Derecho de la ética, y se inspira en el utilitarismo.

13. Como lo expresan los krausopositivistas españoles y costarricenses de finales del siglo XIX y principios del XX: **“El Estado debe vigilar por el ordenamiento de los medios para el cumplimiento de los fines de las vidas de sus ciudadanos”**. Ver Montero Segura.

*hasta nuestros días, late en todas las instituciones jurídicas nacionalmente arraigadas y es causa y base de la unidad de pensamiento de la Hispanidad*¹⁴. (De Castro, 1984, p. 7).

Bibliografía resumida

Araya Pochet, C. (2005). *Derecho constitucional costarricense*. San José: EUNED.

Argüelles, A. de. (1989). *Discurso Preliminar a la Constitución de 1812*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales,

Castán Tobeñas, J. (2005). *Derecho civil español, común y foral*. Tomo I, Vol. 1. Madrid: Reus.

_____. (1949). *El Derecho y sus rasgos en el Pensamiento español*. Madrid: Justicia.

_____. (1948). *La vocación jurídica del pueblo español*. Madrid: Reus,

_____. (1992). *Los derechos del hombre*. Madrid: Reus.

De Castro y Bravo, Federico. (1984). *Derecho Civil de España*. Madrid: Civitas.

_____. (1985). *El Negocio Jurídico*. Madrid: Civitas.

Díez-Picazo y Ponce de León, L. *Introducción*. En: De Castro, F. (1984). *Derecho Civil de España*. Madrid: Civitas.

Fernández Guardia, R. (2005). *Don Florencio del Castillo en Las Cortes De Cádiz*. San José: EUNED,

García de Enterría, E. y Fernández, Tomás R. (2006). *Curso de Derecho administrativo*. Vol. 1. Cizur Menor, España: Civitas.

Garriga, C. y Lorente, M. (2007). *Cádiz, 1812. La constitución jurisdiccional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Montero Segura, D. I. *El Krausismo Español en Costa Rica*. Tesis doctoral presentada ante la Universidad Complutense de Madrid. Inédito.

Muñoz Machado, S. (2006). *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*. Tomo I. Madrid: Iustel.

Nietzsche, F. (1984). *Genealogía de la Moral*. Madrid: Buma.

Rabinovich-Berkman, R. (2000). *Derecho Civil*. Parte General. Buenos Aires: Astrea.

Schama, S. (2000-2003). *A History of Britan*. Set de cinco DVDs. Inglaterra: BBC.

Zamora Castellanos, F. (2002). *Los ideales constitucionales costarricenses*. San José: Juricentro.

Veinte años de la constitución Brasileña de 1988

¿La Constitución ha sido capaz de limitar el poder?

José Levi Mello Do Amaral Júnior¹

Sumario

Introducción 1. Capacidad de limitar el poder como criterio para valorar el éxito de una Constitución democrática. 2. Constitución de 1988 y limitación del poder: la redemocratización. 3. ¿Es la medida provisoria un ejemplo de limitación del poder? 4. Reformas constitucionales con vistas a una mayor limitación del poder. Conclusión. Referencias bibliográficas.

Resumen

El artículo examina si la Constitución brasileña de 1988, en sus veinte años de vigencia, ha sido capaz de limitar (y regular) el uso del poder.

Palabras clave: Derecho constitucional, veinte años de la Constitución brasileña, decreto ley.

Abstract

The paper examines if the brazilian Constitution, after twenty years of its promulgation, succeeded in restraining the political power.

Keywords: Constitutional law; brazilian Constitution (twenty years), provisional measure.

Introducción

El objetivo del presente trabajo es proponer una breve reflexión sobre los veinte años de la Constitución brasileña de 1988. Para ello, en primer lugar, busca un criterio que permita medir el éxito o el fracaso de la Constitución.

El criterio propuesto es el de la efectividad en la limitación del poder², es decir, valorar si la Constitución, en sus veinte años de vigencia, ha logrado limitar el poder, regulando y corrigiendo su ejercicio.

Con esta finalidad, se hace una breve mención al proceso de redemocratización y, a continuación, se lleva a cabo un estudio específico sobre la medida provisoria. Por último, se mencionan las reformas político-institucionales que parecen favorables a una mayor y mejor limitación del poder.

1. Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho del Largo de São Francisco, de la Universidad de São Paulo, y doctor en Derecho del Estado por la Universidad de São Paulo.
2. Sobre el concepto de «poder», véase Amaral Júnior, (2007, p. 267-269).

1. Capacidad de limitar el poder como criterio para valorar el éxito de una Constitución democrática

Afirmaba MONTESQUIEU (1995, p. 118) que «la eterna experiencia muestra que todo hombre con poder tiene la tendencia de abusar de él; va hasta donde encuentra límites». Sugiere, de esta forma, una receta para impedir el abuso: «Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder». (Montesquieu, 1995, p. 118).

En el mismo sentido, NICOLA MATTEUCCI (1998, p. 248) afirma que «el poder es una realidad fisiológica en los cuerpos políticos, y o se le da una solución constitucional o surgen poderes irresponsables». Por ello, el constitucionalismo es un término selectivo, porque implica una técnica de la libertad contra el poder arbitrario. (Matteucci, 1998, p. 23-24).

Por lo tanto, se puede medir el éxito o el fracaso de una Constitución (que se pretenda democrática) comprobando su efectividad o no para el limitar el poder. Se podría pensar en otros criterios (como la concreción de derechos sociales). Sin embargo, la limitación del poder es presupuesto necesario de todas las demás tareas de la Constitución. De esta forma, parece correcto adoptar la efectividad constitucional –para limitar el poder– como criterio de evaluación.

2. Constitución de 1988 y limitación del poder: la redemocratización

Desde este punto de vista, la Constitución brasileña de 1988 puede considerarse una experiencia exitosa. El ejemplo más importante de lo afirmado es el proceso mismo de redemocratización. A este propósito, es oportuno mencionar algunos hechos decisivos de la nueva Constitución.

Primero. La Constitución de 1988 consolidó la transición de un régimen autoritario a un régimen democrático. En este hecho, hubo una verdadera revolución de transición, en la medida en que se produjo de forma ordenada, en el marco de las instituciones políticas existentes³.

Segundo. La nueva Constitución promovió la primera elección directa de la Presidencia de la República tras un intervalo de casi tres décadas⁴.

Tercero. La Constitución sobrevivió a una crisis política muy grave ya en sus primeros años. Más que eso: ella misma resolvió la crisis, según sus propias reglas⁵. Se produjo el impeachment de un Presidente de la República y una nueva transición de poder en la forma constitucional⁶.

Cuarto. Después, la Constitución proporcionó la elección y la reelección de un Presidente de la República que llevó a cabo importantes reformas políticas, económicas y sociales, cuyos frutos se han estado recogiendo hasta nuestros días. Estas reformas implicaron modificaciones constitucionales que se llevaron a cabo respetando el proceso de reforma previsto en la Constitución. Además de ello,

3. A este propósito, véase: Ferreira Filho (1999, p. 33-46).

4. El artículo 74 de la Constitución de 1967, con la redacción de la Enmienda Constitucional n.º 25 del 15 de mayo de 1985, ya apuntaba en este sentido.

5. «Lograr la estabilidad democrática no es simplemente navegar en un mar sin olas; a veces, significa enfrentar un clima enloquecido y peligroso». (Dahl, 2001, p. 173).

6. Sobre el *impeachment* en el derecho brasileño, principalmente en el marco de la Constitución de 1988, incluso con referencia al caso concreto producido en 1992: Pinto (1992, p. 7-14).

cuando fue necesario, el Supremo Tribunal hizo valer las limitaciones materiales al poder de reforma constitucional, sin que se produjera ninguna resistencia por parte de otro poder constituido⁷.

Quinto. Por último, la Constitución hizo posible la elección de un presidente de la oposición que más tarde sería reelegido, hecho que sugiere, claramente, la maduración y la consolidación que estaba viviendo la democracia brasileña, dado que permitió el cambio de élites en el poder.

3. ¿Es la medida provisoria un ejemplo de limitación del poder?

La medida provisoria se recuerda, habitualmente, como un mecanismo de abuso de poder. No obstante, es posible realizar un raciocinio distinto y considerarla un caso de limitación paulatina del poder: (1) ya sea por la acción del Congreso Nacional, que buscó regular la medida provisoria mediante la Enmienda Constitucional n.º 32 del 11 de septiembre de 2001; (2) ya sea por la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal que se muestra cada vez menos tolerante con el exceso de medidas provisionarias.

La matriz tanto del decreto ley de la Constitución brasileña de 1967, como de la medida provisoria de la Constitución brasileña de 1988, es el *decreto-legge* italiano.

Curiosamente, el decreto ley brasileño había alcanzado un nivel mayor de contención que el logrado por el *decreto-legge* italiano.

Así, por ejemplo: (1) el decreto ley brasileño tenía un campo temático delimitado, a saber: (a) seguridad nacional; (b) finanzas públicas, incluidas las normas tributarias; y (c) creación de cargos públicos y fijación de vencimientos⁸; (2) no conocía la reedición, lo que era positivo, aunque admitía su aprobación por transcurso de plazo, característica esta poco elogiada⁹; (3) en el supuesto de que fuera rechazado, los actos practicados durante su vigencia se mantenían¹⁰, lo que militaba a favor de la seguridad jurídica. Además, en caso de inconstitucionalidad del decreto ley, el Supremo Tribunal Federal, incluso durante el auge del régimen militar, no dejó de ejercer su papel¹¹.

7. El Supremo Tribunal Federal hace mucho que admite el control de constitucionalidad de enmiendas constitucionales. A este propósito, en la jurisprudencia más reciente, se puede consultar la Acción Directa de Inconstitucionalidad n.º 939-7/DF, en la que actúa como ponente el ministro Sydney Sanches, juzgada el 15 de diciembre de 1993, y la Acción Directa de Inconstitucionalidad n.º 3.105-8/DF, en la que actúa como ponente del fallo el ministro Cezar Peluso, juzgada el 18 de agosto de 2004.

8. Artículo 55, encabezamiento, de la Constitución de 1967, con la redacción de la Enmienda Constitucional n.º 1 del 17 de octubre de 1969.

9. Artículo 55, § 1o, en concordancia con el artículo 51, § 3o, ambos de la Constitución de 1967, con la redacción dada por la Enmienda Constitucional n.º 1 de 1969.

10. Artículo 55, § 2o, de la Constitución de 1967, con la redacción dada por la Enmienda Constitucional n.º 1 de 1969.

11. Véase, a este propósito, la declaración de inconstitucionalidad del decreto ley llevada a efecto en el Recurso Extraordinario no 62.731/GB, en el que actuó como ponente el ministro Aliomar Baleeiro, juzgada el 23 de agosto de 1967. Sobre el tema, véase Amaral Júnior (2006, p. 44-52).

A su vez, el *decreto-legge* italiano: (1) no tiene delimitación temática a nivel constitucional; (2) admite reedición, incluso después de la importante decisión de la Corte Constitucional italiana sobre este particular¹²; y (3) en caso de caducidad (ya sea por transcurso de plazo, ya sea por rechazo parlamentario), se elimina con carácter retroactivo, incluso en perjuicio de eventuales derechos adquiridos¹³.

El proceso constituyente de 1987-1988 tuvo a bien abandonar el decreto ley, por considerarlo –tal vez de modo simplista– un «armatoste autoritario». No obstante, en lo que respecta al poder normativo del Presidente de República, mantuvo como modelo el *decreto-legge* italiano. Tanto fue así que la Asamblea Constituyente se limitó a abandonar la fórmula «decreto ley» a favor de la que surgía de la literalidad del artículo 77 de la Constitución italiana de 1947, a saber, «provvedimenti provvisori», es decir, «providencias provisorias» o, en otras palabras, «medidas provisorias».

Sin embargo, el mayor problema de la medida provisoria no está en la mera sucesión de fórmulas lingüísticas rigurosamente equivalentes, sino en el abandono de elementos normativos más vigorosos de contención que ya existían en la regulación del decreto ley brasileño, pero no del *decreto-legge* italiano.

Con ello, la medida provisoria de la Constitución brasileña de 1988: (1) nació sin delimitación temática; (2) conoció la reedición en escala aún mayor que la que se produce en el Derecho italiano, lo que se debe, incluso, al plazo original de las medidas provisorias: solo treinta días, contra sesenta del *decreto-legge*¹⁴; y (3) retrocedió con relación al modelo italiano de disolución retroactiva, incluso en perjuicio de eventuales derechos adquiridos.

No obstante este marco, el constitucionalismo brasileño maduró en el sentido de someter las medidas provisorias a una mayor restricción. En principio, es necesario hacer referencia a dos precedentes de gran importancia del Supremo Tribunal Federal, ambos ocurridos en el marco del régimen originario de la medida provisoria. Después, es importante examinar la Enmienda n.º 32. Por último, es oportuno tomar conocimiento de los nuevos –y no menos importantes– precedentes del Supremo, ambos posteriores a la Emenda n.º 32.

-
12. En la Sentencia n.º 360 del 17 de octubre de 1996, la Corte tomó una decisión considerada, por la doctrina, como «valiente», porque buscó aplicar un correctivo a la reiteración de decreto-legge (Bin y Pitruzzella, 2001, p. 354). La Corte entendió que no era posible reconfirmar un decreto-legge sin que hubiera habido una alteración de su contenido y sin que existiera el apoyo de nuevos presupuestos de necesidad y urgencia. Nótese: la reconfirmación del decreto-legge no es inconstitucional de forma automática. La Corte reconoce que cada reconfirmación de decreto-legge, individualmente considerada, puede ser autónomamente importante, siempre que se funde en nuevos y distintos presupuestos de excepcionalidad, necesidad y urgencia –aunque reproduzca el mismo contenido normativo de decretos anteriores– presupuestos estos que deben darse siempre dentro del plazo constitucional de sesenta días (Angiolini, 1997, p. 115). La carga de la prueba de la efectiva producción de nuevos presupuestos de excepcionalidad, necesidad y urgencia recae sobre el Gobierno (Angiolini, 1997, p. 116).
 13. La retroactividad de la disolución del decreto-legge es inexorable, incluso en materia penal. La Corte Constitucional italiana, en la Sentencia n.º 51 del 19 de febrero de 1985, entendió que incluso la norma penal más beneficiosa que conste en decreto-legge objeto de caducidad no puede aplicarse al reo infractor de la norma penal anterior más gravosa que retoma su aplicabilidad in casu (Bin y Pitruzzella, 2001, p. 350). En el mismo sentido, la doctrina italiana clásica: Viesti (1967, p. 180-182). En el citado proceso, la Corte declaró inconstitucional el artículo 2, V, del Código Penal italiano, que afirmaba que era aplicable a las normas penales introducidas por decreto-legge la disposición del artículo 2, II, del mismo Código. El referido artículo 2, II, dispone que nadie puede ser castigado por un hecho que, según una ley posterior, no constituye delito. Así, la Corte consideró incompatible con el artículo 77, III, primera parte, de la Constitución italiana de 1947 (que dispone que no tiene ningún efecto el decreto-legge que no haya sido convertido) la aplicación –en el caso de *decreto-legge* objeto de caducidad– del artículo 2, II, del Código Penal italiano, como derivaba del artículo 2, V, del mismo código (Bin y Pitruzzella, 2001, p. 350). Por tanto, es como si el delito anterior nunca hubiera perdido su eficacia (Viesti, 1967, p. 181).
 14. «¡Las personas con alguna experiencia sobre el funcionamiento del Congreso Nacional saben que, en esa cámara, en treinta días, a veces, no se aprueba ni una moción de pésame! ¡Hay dificultades enormes! Por lo tanto, ya, aquí, hubo una hipérbole en la fórmula constitucional originaria». (Mendes, 2004, p. 12).

Primero. Ya en la Acción Directa de Inconstitucionalidad no 293-7/DF, en la que actuó como ponente el ministro Celso de Mello, juzgada el 06 de junio de 1990, el Supremo Tribunal Federal dejó claro que no se podría reeditar, en la misma sesión legislativa, una medida provisoria rechazada por el Congreso Nacional.

Segundo. En la Acción Directa de Inconstitucionalidad no 2.348-9/DF, en la que actuó como ponente el ministro Marco Aurelio, juzgada el 07 de diciembre de 2000, el Supremo Tribunal Federal, por primera vez, eliminó una medida provisoria en razón del incumplimiento del requisito constitucional de urgencia.

Tercero. El Supremo Tribunal Federal no fue el único órgano en reaccionar contra las medidas provisionales. El Congreso Nacional también lo hizo, en especial, por medio de la Enmienda n.º 32. Antes, el Congreso ya había prohibido que se dictara una medida provisoria para regular las materias que constan en enmiendas promulgadas a partir de 1995¹⁵.

Nacional mediante decreto legislativo dictado en hasta sesenta días tras el rechazo o pérdida de eficacia de la medida. (Artículo 62, §§ 3o y 11, de la Constitución).

Sin embargo, la novedad más importante de la Enmienda no 32 es la imposición de plazos inexorables para realizar la tramitación parlamentaria de la medida provisoria, lo que fuerza o la votación (aprobanda, modificando o rechazando), o la caducidad del decreto de urgencia por transcurso de plazo. Con ello, se combate la inercia decisoria. Si esta se produce, el transcurso del plazo resuelve la suerte de la medida provisoria por caducidad. (Amaral Júnior, 2004, p. 266).

Conforme el § 6o del artículo 62 de la Constitución:

Si la medida provisoria no fuera apreciada en hasta cuarenta y cinco días contados desde su publicación, entrará en régimen de urgencia y, en consecuencia, en cada una de las cámaras del Congreso Nacional quedarán sobreesidas, hasta que se ultime la votación, todas las demás decisiones legislativas de la cámara en la que se esté tramitando.

Como ya se ha sostenido en otros momentos, la idea es buena: dar celeridad al proceso, al decidirse, de forma rápida, la suerte de la medida provisoria. No obstante, cuando se tramitan de forma concomitante varias medidas, el nuevo modelo da lugar a varias paralizaciones de procesos, sobrepuestas y sucesivas. Con ello, se dificultan los trabajos parlamentarios (Amaral Júnior, 2005, p. E2). Además, el Presidente de la República asume el poder de disponer e interferir en la agenda legislativa de las cámaras del Congreso Nacional, como ha señalado, con exactitud, el ministro Celso de Mello¹⁶.

15. Fue el caso de la Enmienda Constitucional n.º 5 del 15 de agosto de 1995 (gas canalizado), de la Enmienda Constitucional n.º 8 del 15 de agosto de 1995 (telecomunicaciones), de la Enmienda Constitucional n.º 9 del 11 de noviembre de 1995 (petróleo). Las Enmiendas Constitucionales nos 6 y 7, ambas del 15 de agosto de 1995, añadieron el artículo 246 a la Constitución, cuya prohibición de medidas provisionales se refiere a cualquier materia objeto de enmienda posterior al inicio del gobierno de Fernando Henrique Cardoso («Se prohíbe adoptar medida provisional para reglamentar artículo de la Constitución cuya redacción haya sido modificada mediante enmienda promulgada a partir de 1995»). Se trató de un acuerdo político que permitió aprobar importantes reformas constitucionales, principalmente en lo que respectaba –en un primer momento– al orden económico.

16. Por ejemplo, véase el voto del ministro Celso de Mello en la Acción Directa de Inconstitucionalidad (medida cautelar) no 2.213-0/DF, en la que actuó como ponente el ministro Celso de Mello, juzgada el 04 de abril de 2002.

De este contexto ya resultan nuevas discusiones parlamentarias para perfeccionar el modelo¹⁷, lo que parece posible mediante modificación puntual, como es, la simple revocación del § 6o del artículo 62 de la Constitución, porque –la práctica así lo demuestra– la paralización de procesos, en su caso, actúa contra el Congreso Nacional, no contra la medida provisoria. Contra esta, basta el transcurso del plazo, sin decisión parlamentaria, en la forma de los §§ 3o y 11 del artículo 62 de la Constitución.

Cuarto. En la Acción Directa de Inconstitucionalidad n.º 3.964-4/DF, en la que actuó como ponente el Ministro Carlos Britto, juzgada el 12 de diciembre de 2007, el Supremo Tribunal Federal suspendió la eficacia de la medida provisoria que había reeditado otra, revocada días antes, todo en la misma sesión legislativa. La Corte reconoció, en este caso, la violación del artículo 62, § 10 de la Constitución.

Quinto. En la Acción Directa de Inconstitucionalidad no 4.048-1/DF, en la que actuó como ponente el ministro Gilmar Mendes, juzgada el 14 de mayo de 2008, el Supremo Tribunal Federal suspendió la medida provisoria que había autorizado créditos extraordinarios por un importe global aproximado de R\$ 5500 millones (casi 2000 millones de euros). La Corte examinó si las partidas de gastos eran o no imprevisibles y urgentes, requisitos constitucionales exigidos para autorizar créditos extraordinarios. En una decisión histórica, superando jurisprudencia anterior en el sentido de no haber acción directa contra leyes formales, porque carecen de generalidad y abstracción (en el supuesto de las leyes presupuestarias), la Corte conoció la Acción Directa para, a continuación, decidir en el sentido de que las partidas objeto de análisis eran relativas a gastos previsibles y, por lo tanto, no podrían constituirse con créditos extraordinarios, única categoría de normas presupuestarias que se le permite a la medida provisoria tras la Enmienda n.º 32.

Es importante resaltar que el Supremo Tribunal Federal, al examinar los presupuestos constitucionales para dictar medidas provisionales, sigue la tendencia jurisprudencial de importantes tribunales constitucionales, como, por ejemplo, el español¹⁸ y el italiano¹⁹. Estas cortes, recientemente, también eliminaron decretos de urgencia por no observar los presupuestos constitucionales.

-
17. A este propósito, compruébese la Propuesta de Enmienda Constitucional n.º 511 de 2006, ahora en trámite en la Cámara de los Diputados.
 18. En su sentencia n.º 68 de 2007, el Tribunal Constitucional español reafirmó precedentes en el sentido de que la necesaria conexión entre la facultad legislativa excepcional y la existencia del presupuesto habilitante conduzca a que el concepto constitucional de extraordinaria y urgente necesidad no sea, de modo alguno, una cláusula vacía de significado, dentro de la que el margen lógico de apreciación política del Gobierno se mueva libremente, sin ninguna restricción, sino, por el contrario, conlleva límite jurídico a la actuación mediante *decretos leyes*. Por ello, el tribunal sostiene que es su función asegurar ese límite, garantizar que, en el ejercicio de esta facultad, como en el de cualquier otra, los poderes se muevan dentro del marco diseñado por la Constitución. Así, el tribunal puede, en el supuesto de uso abusivo o arbitrario: (1) rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una determinada situación; y, en consecuencia, (2) declarar la inconstitucionalidad de un *decreto ley* por inexistencia del presupuesto habilitante por invasión de las facultades reservadas a las Cortes Generales por la Constitución (cf. apartado n.º 6 de la citada sentencia).
 19. En su Sentencia n.º 128 de 2008, la Corte Constitucional italiana declaró inconstitucional un *decreto-legge* sobre materia tributaria y financiera, con lo que reafirmó precedentes, principalmente, la sentencia n.º 29 de 1995 y la sentencia n.º 171 de 2007. Se asentó, una vez más «que la preexistencia de una situación de hecho de la que derive la necesidad y la urgencia de proveer mediante instrumento excepcional, como el *decreto-legge*, constituye requisito de validez constitucional para adoptar el referido acto, de modo que la eventual falta de aquellos presupuestos configura, en primer lugar, un vicio de ilegitimidad constitucional del *decreto-legge* adoptado fuera del ámbito de aplicación constitucionalmente previsto». Además, la Corte reafirmó que la ley de conversión no sana el defecto de los presupuestos constitucionales del *decreto-legge*, porque ello «significaría atribuir, en concreto, al legislador ordinario, el poder de alterar el reparto constitucional de competencias entre el Parlamento y el Gobierno con relación a la producción de las fuentes primarias». (cf. apartado n.º 8 de la citada sentencia).

Por último, la medida provisoria –que es el más vistoso y estratégico poder del Presidente de la República– fue objeto, en el curso de los últimos veinte años, de importantes restricciones, legislativas y jurisprudenciales, lo que solo es posible en ambientes democráticos maduros.

4. Reformas constitucionales con vistas a una mayor limitación del poder

Con vistas a una mayor (y mejor) limitación constitucional del poder, es oportuno reflexionar (o insistir sobre) tres reformas institucionales, a saber: (1) adopción del voto por distritos; (2) separación entre Jefatura de Estado y Jefatura de Gobierno; y (3) transformación del Supremo Tribunal Federal en un típico tribunal constitucional.

Las dos primeras pueden entenderse como dos estadios de la maduración y el aprendizaje democráticos; la tercera, como una complementación para perfeccionar la jurisdicción constitucional, en beneficio de la democracia.

Primero. Es preciso establecer lazos y vínculos efectivos entre el ciudadano-electo y su representante-electo. Esto solo se logra con el voto por distritos. **MONTESQUIEU** (1995, p. 19) ya apuntaba: «Conocemos mucho mejor las necesidades de nuestra ciudad que las de las otras y juzgamos mejor la capacidad de nuestros vecinos que las capacidades de nuestros demás compatriotas».

Es famosa la «ley» de **MAURICE DUVERGER** (2002, p. 244-255) según quien el voto mayoritario (en el caso del voto por distritos «puro») tiende al bipartidarismo²⁰. Es lo que sucede en Inglaterra y en Estados Unidos. No obstante, parece plausible suponer que, en Brasil, las peculiaridades regionales permitirían que diferentes partidos políticos obtuvieran fuerzas locales variadas (diferentes bipartidarismos regionales). Aun así, de ahí resultaría un número menor de partidos políticos en el Congreso Nacional, con evidente beneficio para el sistema representativo que sería menos heterogéneo y, por lo tanto, más estable.

Segundo. Estabilizada la representación partidaria, se debe reflexionar sobre el sistema de gobierno, para que el Gobierno resulte de la mayoría parlamentaria y no lo contrario. Es preciso invertir la ecuación de la democracia brasileña, es decir, hacer que el Gobierno resulte de la mayoría parlamentaria para que ambos sean, desde luego, responsables de las políticas públicas. En caso contrario, cuando el Gobierno se establece con independencia de la mayoría parlamentaria existente, precisa obtener una mayoría para legitimar sus políticas. De ahí derivan severas distorsiones institucionales, como las experimentadas recientemente²¹. De la conjugación –natural– entre Gobierno y mayoría parlamentaria

20. Con examen pormenorizado del influjo del sistema electoral y partidario sobre la democracia: Ferreira Filho (2001, p. 165-189). Con análisis crítico de las leyes de Duverger: (Silva, 1999, p. 108-124).

21. «Durante mucho tiempo, los ministros ingleses se aseguraban sólidas mayorías comprando los votos, si no las conciencias de los diputados. Esto era casi oficial: existía en la Cámara misma una taquilla donde los parlamentarios iban a cobrar el precio de su voto en el momento del escrutinio. En 1714 se estableció el puesto de secretario político de la tesorería para asumir esas operaciones financieras; dicho secretario fue llamado muy pronto the Patronage secretary porque disponía la nominación de los empleos del gobierno a título de corrupción. Distribuyendo así el maná gubernamental a los diputados de la mayoría, el Patronage secretary vigilaba de cerca sus votos y sus discursos: se convertía para ellos en el hombre del látigo, the Whip (etimológicamente, whip significa “látigo”; en lenguaje de cacería, designa a los monteros provistos de látigo, que dirigen a la jauría hacia la bestia perseguida)». (Duverger, 2002, p. 18). En el mismo sentido, Matteucci (1998, p. 153).

(porque se toma como origen y fundamento de aquel) saldrían fortalecidos tanto el Gobierno como el Congreso. El primero, porque ganaría legitimidad; el segundo, porque ganaría participación y control. Justamente en función de esas circunstancias **ALIOMAR BALEEIRO** –quien afirmaba que no sentía una gran devoción por venerandos huesos de Montesquieu–²² sostenía que no había Gobierno más fuerte que el parlamentario²³, más fuerte y más legítimo.

Tercero. Por último, parece auspicioso, al menos, aproximar el Supremo Tribunal Federal a las características de un típico tribunal constitucional²⁴, especialmente para reforzar y garantizar su papel contra mayoritario, de protección de la minoría parlamentaria (Kelsen, 1981, p. 2001-203). Este papel ya es, en la actualidad, efectivo. Véanse, por ejemplo, las antes citadas –y recientes– Acciones Directas n.os 3.964-4/DF y 4.048-1/DF. Aun así, conviene institucionalizar la mecánica contra mayoritaria. Para ello, bastaría, por ejemplo, establecer mandatos fijos, renovados en partes iguales dentro de períodos ciertos de tiempo, para hacer improbable que un mismo Gobierno pueda designar la mayoría de los miembros del tribunal²⁵ (lo que, al menos en teoría, puede comprometer el carácter contramayoritario –o de protección de la minoría parlamentaria– de la Justicia Constitucional).

Tercero. Por último, parece auspicioso, al menos, aproximar el Supremo Tribunal Federal a las características de un típico tribunal constitucional²⁴, especialmente para reforzar y garantizar su papel contra mayoritario, de protección de la minoría parlamentaria (Kelsen, 1981, p. 2001-203). Este papel ya es, en la actualidad, efectivo. Véanse, por ejemplo, las antes citadas –y recientes– Acciones Directas n.os 3.964-4/DF y 4.048-1/DF. Aun así, conviene institucionalizar la mecánica contra mayoritaria. Para ello, bastaría, por ejemplo, establecer mandatos fijos, renovados en partes iguales dentro de períodos ciertos de tiempo, para hacer improbable que un mismo Gobierno pueda designar la mayoría de los miembros del tribunal²⁵ (lo que, al menos en teoría, puede comprometer el carácter contramayoritario –o de protección de la minoría parlamentaria– de la Justicia Constitucional).

-
22. Voto del ministro Aliomar Baleeiro en el juicio de amparo “Mandado de Segurança” n.º 16.003/DF, cuyo ponente es el ministro Prado Kelly, juzgado el 30 de noviembre de 1966.
 23. Voto del ministro Aliomar Baleeiro en el Recurso Extraordinario n.º 62.731/GB, en el que actuó como ponente fue el ministro Aliomar Baleeiro, juzgado el 23 de agosto de 1967.
 24. Sobre la caracterización de los tribunales constitucionales: Favoreu (2004, p. 27-39); Morais (2000): Capítulos 5-8. Louis Favoreu señala las siguientes condiciones de existencia de los tribunales constitucionales: (a) contexto institucional y jurídico peculiar: sistema de gobierno parlamentario o semiparlamentario, dualidad o pluralidad de jurisdicciones, etc.; (b) estatuto constitucional que haga al tribunal independiente de cualquier otra autoridad estatal; (c) monopolio del contencioso constitucional a favor del tribunal; (d) designación de jueces no magistrados por autoridades políticas; (e) configuración de una verdadera jurisdicción por parte del tribunal; (f) jurisdicción que está fuera del aparato jurisdiccional común.
 25. De acuerdo con la minuciosa exposición de Favoreu, una parte considerable de los tribunales constitucionales europeos adopta mandatos fijos para sus miembros (por ejemplo, los tribunales constitucionales alemán, italiano, francés, español y portugués). Sin embargo, hay excepciones a favor de la vitalicidad limitada a los setenta años de edad (por ejemplo, los tribunales constitucionales austriaco y belga).

Conclusión

Las instituciones brasileñas viven un período de evidente estabilidad y de efectiva regencia constitucional. La Constitución se hace valer en el juego político, aunque, en el límite, diversas cuestiones se decidan por el Supremo Tribunal Federal, cuya autoridad es reconocida y respetada por las personas actoras de la democracia brasileña. Actúa como árbitro del juego político y, como tal, se acepta.

No obstante, eso no significa que no se deba buscar el perfeccionamiento del modelo. El hecho de que la Constitución sea capaz de regular el poder no significa que no se deba buscar una aún mayor —y mejor— limitación, lo que repercute a favor de la democracia misma: «La innovación dentro de las instituciones, el progreso en la conservación» (Matteucci, 1982, p. 252). En el caso de las instituciones brasileñas, estas son funcionales, pero aún están sujetas a diversas vicisitudes delicadas, en especial, en lo que respecta a la corrupción.

Como se ha visto, es propio del poder probar sus límites y, por ello, deben renovarse constantemente, se insiste, a favor de la democracia. Como expone correctamente ROBERT DAHL (2001, p. 133): «En casi todas (tal vez todas) las organizaciones por cualquier parte, hay algún espacio para alguna democracia. En casi todos los países democráticos hay bastante espacio para más democracia».

Referencias bibliográficas

Amaral Júnior, J. L. M. do (2005). A limitação à edição das medidas provisórias, *Valor econômico*, edición de 20-04-2005, E2.

_____. (2004). Medida provisória e a sua conversão em lei. *Revista dos Tribunais* São Paulo, .

_____. (2006). *Memória jurisprudencial: Ministro Aliomar Baleeiro*. Brasília: Supremo Tribunal Federal.

_____. (2007). Poder. *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva.

Angiolini, V. (1997). La 'reiterazione' dei decreti-legge. La Corte censura i vizi del Governo e difende la presunta virtù del Parlamento? *Diritto pubblico*, n.º 1, 113-121.

Bin, R.y Pitruzzella, G. (2001). *Diritto costituzionale*. Turín, Giappichelli.

Dahl, R. (2001). *Sobre a democracia*, Brasília, UnB.

Duverger, M. (2002): *Los partidos políticos*. Madrid: Fondo de Cultura Económica.

Favoreu, L. (2004). *As cortes constitucionais*. São Paulo, Landy.

Ferreira Filho, M. G. (2001). *A democracia no limiar do Século XXI*. São Paulo: Saraiva.

_____. (1999). *O poder constituinte*. São Paulo: Saraiva.

Kelsen, H. (1981). La garanzia giurisdizionale della Costituzione (La giustizia costituzionale), *La giustizia costituzional*. Milán: Giuffrè, 143-214.

- Matteucci, N. (1998). *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Madrid: Trotta.
- Mendes, G. F. (2004). Prefacio al libro *Medida provisória e a sua conversão em lei*, São Paulo. *Revista dos Tribunais*, 11-18.
- Montesquieu, C. L. de Secondat, barón de la Brède et de. (1995). *O espírito das leis*. Traducción de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília, UnB.
- Morais, A. de. (2000). *Jurisdição constitucional e tribunal constitucional*, São Paulo, Atlas.
- Pinto, P. B. de Souza. (1992). *O impeachment*. São Paulo: Saraiva.
- Silva, L. V. A. da. (1999). *Sistemas eleitorais*. São Paulo: Malheiros.
- Viesti, G. (1967). *Il decreto-legge*. Nápoles: Jovene.

Violencia Familiar y Tráfico de Drogas ¿ Eximentes a la culpabilidad y/o efectivo cumplimiento de los fines de la pena?

Lorena Blanco Jiménez¹

Resumen

Analizamos primero las diversas teorías que doctrinariamente se han utilizado para fundamentar la imposición de una pena de prisión a la persona que es encontrada culpable de la comisión de un delito, para determinar que la seguida por nuestro ordenamiento es la teoría de la prevención especial positiva que alude a la resocialización como finalidad de la pena. Continúa con una mención a lo que debe abarcar el análisis de la culpabilidad como estadio de la teoría del delito y, finalmente, compagina estos dos aspectos doctrinarios al confrontarlos en la realidad con el caso de mujeres que, al ser víctimas de violencia doméstica, cometen delitos relacionados con el narcotráfico. Se analizan las diversas sentencias emitidas por las instancias de casación, y se destaca el hecho de que en pocos de los casos se hace un análisis del problema de fondo y no se examina la posibilidad de aplicar una causa de exclusión de la culpabilidad. Se concluye proponiendo la aplicación de la teoría de la invalidez aprehendida como forma de eliminar la culpabilidad, cuando la víctima de violencia doméstica a raíz de esta sea incapaz de determinarse de acuerdo con la comprensión del carácter ilícito de sus actos.

1. En cuanto a los fines de la pena

A grandes rasgos sabemos que, respecto a los fines que persigue la imposición de una pena o sanción se han dado diversas teorías. Existen las teorías absolutas, para las cuales, la pena tiene un fin en sí misma, este sería la retribución del mal causado.

Por otro lado tenemos las teorías relativas, dentro de las que encontramos prevención general y prevención especial, en ambos casos la misma puede ser positiva o negativa. La prevención general positiva alude a la formación de aspectos relacionados con los valores que se deben tutelar en una sociedad, e indica cuáles conductas son consideradas valiosas. La prevención general negativa se refiere a la relación entre el aumento del monto de la pena y la disminución de la comisión de hechos delictivos, el problema es que lleva a sanciones desmedidas, pues no contempla límites. Por ejemplo, actualmente en China, hechos que consideraríamos como de poca monta se encuentran sancionados con pena de prisión.

1. Jueza de juicio

Respecto a la prevención especial positiva, es la teoría que alude a la resocialización o reinserción social del o de la delincuente como la finalidad que persigue la imposición de una sanción, es aquella dirigida a la persona concreta que ha cometido un delito. Es la teoría que sigue nuestro ordenamiento de conformidad con el artículo 51 del Código Penal y que avala la jurisprudencia:

En efecto, tanto el ordenamiento jurídico como la jurisprudencia establecen el fin readaptador de la pena, alejándose de las teorías retributivas, que ven la sanción como un fin en sí mismo, un imperativo categórico como lo llamó Kant, un restablecimiento del derecho según Hegel, un mal mediante el cual se retribuye y castiga la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Se abandonan también las ideas de la prevención general, que consideran que la pena actúa como una amenaza sobre la comunidad, la que se sentirá desestimulada a cometer delitos ante la certeza del castigo. Nuestro ordenamiento sigue la teoría de la prevención especial, dirigida a la persona concreta que ha cometido un delito. Es así como los tratados internacionales y el Código Penal se refiere a la “resocialización” de quien ha infringido la ley. Se ha considerado que esta posición cumple en mejor forma los cometidos del derecho penal y los principios del Estado social:

En tanto la teoría preventivo especial sigue el principio de resocialización, que entre sus partidarios se encuentra hoy en primer plano, sus méritos teóricos y prácticos resultan evidentes. Cumple extraordinariamente bien con el cometido del Derecho penal (cfr. supra 2), en cuanto se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, pero al mismo tiempo quiere ayudar al autor, es decir, no expulsarlo ni marcarlo, sino integrarlo; con ello cumple mejor que cualquier otra doctrina las exigencias del principio del Estado social. Al exigir un programa de ejecución que se asienta en el entrenamiento social y en un tratamiento de ayuda, posibilita reformas constructivas y evita la esterilidad práctica del principio de retribución (Claus Roxin, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Editorial Civitas S.A., 1997, página 87). (Sala Tercera de la Corte, n.º 315 de 8:59 hrs. del 16 de mayo de 2003).

Además, jurisprudencialmente se han fijado tanto el marco normativo como los criterios a los que debe atender la finalidad de la pena en el derecho costarricense:

III.1) Finalidad de la pena: Para la fijación de la pena el tribunal parte de la premisa original de Ziffer (1996), quien con acierto señala que la individualización de la pena debe responder a los fines políticamente asignados a esta. La decisión del fin de la pena es de naturaleza política criminal. De este modo, sin hacer política criminal en el caso concreto y sin separarse de las líneas maestras señaladas por el ordenamiento jurídico en abstracto –por la persona legisladora en otras palabras– los tribunales deben cuantificar la pena en cumplimiento de aquellos principios básicos de la política criminal.

Consecuencia de lo anterior es la obligada consulta a la Constitución Política y a las otras fuentes de derecho, en orden descendente, para determinar antes que otro asunto la finalidad política de la pena en el derecho costarricense. La carta constitucional guarda silencio acerca del tema, por lo que debe acudir a los tratados internacionales que, de acuerdo con el § 7 de la Constitución Política, tienen fuerza inferior a la constitución, pero superior a la ley.

Así encontramos el § 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en los §§ 5.3 y 5.6 dispone: «La pena no puede trascender de la persona del delincuente» y «Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados».

En igual sentido, el § 10.3 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos que en lo conducente reza: «El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados [...]». Y el § 51 del C.P. que establece la «acción rehabilitadora» como finalidad de las penas.

De aquí derivan dos consecuencias importantes: (i) la pena no puede ir más allá de la persona del condenado, en cuanto no debería afectar a otros como su cónyuge o hijos, pero tampoco puede trascender a otros miembros de la sociedad como un mensaje de prevención general negativa, por lo menos no puede imponerse la pena con esta intención; y (ii) si la finalidad de la pena es la reforma y readaptación social del condenado, su propósito –de prevención especial positiva– es el de aplicarse en la medida necesaria para la reinserción social del condenado. La individualización de la pena gravita en torno a la necesidad individual de castigo, dentro de los parámetros fijados por la ley. Se tiene así la finalidad de la pena: la necesidad individual de ella. (Tribunal de Casación Penal, n.º 53 de 10:15 hrs. del 01 de febrero de 2002).

La resocialización supone recuperar al individuo para vivir en sociedad, y para esto, requiere un proceso de interacción entre el individuo y la sociedad, a cuyas normas debe adaptarse, las cuales comprenden no solo las legales, sino también las sociales y, dentro de estas, las morales.

2. La culpabilidad y sus eximentes

Ubicamos la culpabilidad en el tercer estadio de la teoría del delito, partiendo de la teoría del tipo complejo, pues para que una acción sea culpable, primero debe ser una acción humana, típica y antijurídica; solo si antes ha pasado dicho examen, entonces analizaremos si también es culpable; es decir, si la persona que ha cometido dicha acción tiene la capacidad cognitiva y/o volitiva de determinarse de acuerdo con la comprensión de que la acción cometida es contraria a la ley y, pese a ello, la realiza cuando pudo actuar de un modo distinto, sea conforme a derecho.

Ahora, el concepto de culpabilidad no es tan simple, por ejemplo, el tratadista Muñoz Conde nos señala que puede entenderse desde tres conceptos: tradicional, dialéctico y material. El primero indica que es culpable quien pudo actuar de un modo distinto a como realmente se hizo. Para esta teoría, la culpabilidad es un fenómeno individual aislado que afecta solo a la persona autora del hecho típico y antijurídico.

Sin embargo, como la culpabilidad en la realidad no solo afecta a la persona autora del hecho, sino también al entorno social, esta sociedad, mediante el Estado que es su representante, debe concretar claramente los límites de lo que es culpable en determinado momento histórico, y ahí es donde surge el concepto de la culpabilidad en sentido dialéctico. Finalmente se encuentra el concepto material que se relaciona con el fundamento que sustenta esa culpabilidad, el cual tiene que ver con la función motivadora de la norma penal.

Lo importante no es que el individuo pueda elegir entre varios haceres posibles; lo importante es que la norma penal le motiva con sus mandatos y prohibiciones para que se abstenga de realizar uno de esos varios haceres posibles que es precisamente el que la norma prohíbe con la amenaza de una pena. (Muñoz Conde, 1991, p. 123).

Siguiendo con el concepto en cuestión tenemos que según el tratadista antes indicado, la culpabilidad tiene como elementos: la imputabilidad o capacidad de culpabilidad que comprende la madurez psíquica y la capacidad mental del sujeto; el conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido, a saber el conocimiento de las prohibiciones de la norma y, como tercer elemento, la exigibilidad de un comportamiento distinto, sea que el sujeto pueda comportarse de forma distinta a la realización del hecho típico y antijurídico. Debido a que precisamente este último elemento tiene que ver con el planteamiento del presente trabajo, ya que esboza que al estar la mujer inmersa dentro del ciclo de violencia doméstica, en aplicación de la teoría de la invalidez aprehendida, no le es exigible actuar de otra manera, punto que, a continuación, se desarrollará.

3. Criminalidad femenina, narcotráfico y violencia doméstica

Así, teniendo claro el panorama en relación con cuál es el fin de la pena que nuestra legislación persigue, veamos si este se cumple en cuanto a la imposición de la pena de prisión a mujeres que son condenadas por delitos relacionados con el tráfico de drogas, y recalcando eso sí, que nos referimos a delitos que fueron cometidos al estar inmersas dentro del ciclo de la violencia doméstica¹.

De la búsqueda de sentencias hecha mediante el Sistema Costarricense de Información Jurídica, se localizaron cincuenta y cuatro sentencias que se refieren al delito de Introducción de Droga a Centro Penitenciario. (Se hace la salvedad de que, en algunos casos, la denominación de la conducta delictiva no fue esa, sino por ejemplo tráfico de drogas. Sin embargo, al leer las sentencias, se desprende que fue para introducirlas a un centro penitenciario).

Tales sentencias abarcan desde 1995 hasta el 2009, y fueron emitidas tanto por los Tribunales de Casación Penal de Goicoechea y de San Ramón y por la Sala Tercera de la Corte. Al hacer la lectura de las mismas llama poderosamente la atención el hecho de que solamente en nueve de ellas, las personas imputadas son hombres y en el resto mujeres, cuando comparativamente, en la gran mayoría de delitos, la tasa de criminalidad masculina es mayor que la femenina.

Luego, pese a que en la mayoría de los fallos se menciona que las imputadas intentaban o lograban introducir la droga al centro penitenciario para suministrársela a su esposo o compañero sentimental, el tema de la violencia doméstica no se menciona (lo cual no podemos asegurar que no exista), sino que lo que se discute en algunos fallos es si el delito quedó en estado tentado o consumado (generalmente en estos casos hay sentencia condenatoria) o se plantea el agravio desde la óptica procesal, alegando un quebranto sea a las formalidades requeridas para efectuar la requisita o a la cadena de custodia de la prueba.

Los fallos que propiamente hacen referencia a la existencia de violencia doméstica como situación relacionada con la comisión del delito son nueve; en cuatro de ellos se confirma el fallo condenatorio, ya sea porque se indica que no quedó acreditada tal violencia o porque la misma no fue suficiente para limitar la capacidad de autodeterminación de la imputada. En uno se anula el fallo absolutorio, ya que indica que la carga de la prueba en relación con el tema de violencia doméstica le corresponde a la imputada. Del otro lado, en tres se anula la condenatoria y, en uno, se confirma la absolutoria, ya que se considera que sí existe violencia doméstica a la luz de las pruebas recabadas durante el debate.

1. "Por violencia doméstica se entiende: cualquier acto de comisión u omisión llevado a cabo por miembros de la familia y cualquier condición que resulte de dichos actos y que prive a otros miembros de la familia de iguales derechos o libertades, o que interfiera con su máximo desarrollo y libertad de elegir". (Batres) Artículo tomado de Internet.

Curiosamente, la sentencia donde se confirma la absolutoria es la de más vieja data, es la n.º 756 de 8:45 hrs. del 22 de diciembre de 1995 de la Sala Tercera de la Corte. El argumento que se utiliza para confirmar la absolutoria a favor de la imputada no se encuentra luego en ninguna otra sentencia referida específicamente al delito de introducción de droga en centro penitenciario, textualmente la sentencia indica:

c) que verificada esa diligencia, se halló en los genitales de la imputada sendos envoltorios en papel periódico conteniendo picadura de MARIHUANA y, en papel aluminio, doce piedras de "crack". d) que esa droga la llevaba la imputada para su concubino SANCHEZ VALENZUELA quien la había obligado a hacerlo, dándole días antes una golpiza, en el mismo Penal, que ameritó el traslado de la imputada al Hospital, y la tenía amenazada con seguirla agrediendo si no le llevaba la droga." Ahora bien, a juicio del Tribunal de mérito en el presente asunto se configuró la causal de exclusión de culpabilidad prevista por el artículo 38 del Código Penal, ya que, "[...] la golpiza que recibió la imputada, el día cercano a los hechos acusados, de parte de su concubino, era suficiente para persuadir a ésta de que siguiera al pie de la letra los deseos de él, de que le llevara la droga en mención.

Añade el fallo que

*[...] el argumento de que la imputada podría evitar que ese hecho se repitiera, simplemente dejando de visitar a su concubino, supone un tratamiento superficial de la problemática de la imputada, como mujer agredida, su dependencia afectiva con su concubino y la probabilidad de que las amenazas de éste se concretaran a corto o mediano plazo" (sic, folio 56 vuelto, líneas 5 a 15). Examinados los hechos desde la óptica anterior, no observa esta Sala que se haya cometido algún yerro en la aplicación de la ley sustantiva. **El fallo tuvo por probado que la justiciable actuó obligada no sólo por la paliza que le había propinado su concubino, sino también por las amenazas que éste había proferido en su contra, de modo que, dada su condición de mujer agredida, no podía esperarse que actuara de otra manera, ante la grave e inminente posibilidad de sufrir males mayores. No se puede negar que, para la existencia de la causal de comentario, basta una disminución considerable en el ámbito de libre determinación de la persona, es decir, no se requiere una imposibilidad absoluta de exigir otra conducta.** Como bien indica Soler: "Al hablar, pues, de coacción nos referimos a aquéllos casos en los cuales el sujeto resuelve entre un número restringido de posibilidades, pero resuelve él. El que está amenazado de muerte para que destruya un documento, es todavía libre de resolver una cosa u otra, y si rompe el documento, es indudable que entre las posibilidades ha querido una (coactus voluit)." [Soler, Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, T.E.A., séptima reimpresión, tomo II, 1976, pág. 81]. Por ende, para la procedencia de la causal bajo análisis no se requiere que el sujeto esté absolutamente impedido para actuar de otro modo. Si se diera esta última circunstancia, lo que tendríamos sería una falta de acción, como ocurre cuando se ata o se sujeta a una persona para evitar que realice un acto debido, lo cual obviamente no responde a la hipótesis que se examina. En realidad, la víctima de "coacción" se ve obligada a realizar actos determinados (vis compulsiva), lo cual excluye todos aquellos supuestos que -por su magnitud- configuran una fuerza física irresistible que elimina la conducta (vis absoluta).[Cfr. Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, EDIAR, tomo IV, 1982, pág. 240]. Aunque no lo hayan indicado expresamente, los*

*juzgadores estimaron que la encartada Carballo Cervantes incurrió en una acción típica y antijurídica, pese a lo cual se **excluyó el juicio de reproche en su contra, al considerarse que -ante la agresión y amenazas de que había sido objeto- no era razonable exigirle una conducta diversa.** (El resaltado es nuestro).*

En síntesis, dicho fallo indica que si bien la conducta de la imputada es típica y antijurídica, no es culpable, pues ella no tiene la posibilidad de autodeterminarse de acuerdo con la comprensión del carácter ilícito de sus actos, al estar inmersa en el ciclo de la violencia doméstica. Sin embargo, no hace una referencia extensa al punto, la cual sí se efectúa en el fallo de la Sala Tercera n.º 175 de las 9:00 hrs. del 28 de febrero de 2002, el cual retomaremos más adelante, y este fallo es el único hasta la fecha en el cual expresamente se aplica la teoría de la invalidez aprehendida para indicar que la conducta de la imputada no es culpable, pues la misma no tiene la capacidad suficiente para adecuar su conducta a la comprensión de la antijuridicidad, al ser víctima de violencia doméstica por parte de su esposo, el cual también la obligaba a vender droga.

En contraposición, en los fallos n.º 23-2000 y n.º 896-2002 de la Sala Tercera, sí se condena a las imputadas y se indica que las mismas no actuaron coaccionadas, ya que sus respectivos compañeros no estuvieron presentes cuando ellas efectuaron las ventas de droga (cabe aclarar que estos pese a ser casos de venta de droga, se mencionan por tratar la problemática de fondo similar).

El segundo fallo utiliza, además, como argumento para descartar la agresión, el hecho de que el imputado se echa toda la culpa tratando de exonerar a su compañera, y la Sala asume la tesis de que si fuera un agresor doméstico no lo haría.

También el fallo n.º 757-1995 de la Sala Tercera condena a la imputada y descarta la existencia de violencia doméstica e indica que el “agresor” no puede ser tal, pues al encontrarse preso, no tiene la posibilidad de hacerle daño.

No obstante, el fallo que más llama la atención es el n.º 43 del 12 de febrero de 2001 del Tribunal de Casación Penal, ya que es el único que pese a reconocer la existencia de violencia doméstica, condena a la imputada a cinco años de prisión, e indica que no existe prueba suficiente para relacionar la agresión doméstica (que sí se acredita) con el ilícito de venta de droga cometido por ella.

Luego, ya de forma más reciente, tenemos los fallos de la Sala Tercera 1446-2004 y 131-2007, en los cuales el fallo condenatorio contra la imputada es anulado, en la primera porque la Sala consideró que el tribunal quebrantó las reglas de valoración de la prueba al hacer el respectivo análisis intelectual de la misma, ya que de la misma claramente se infería la existencia de violencia doméstica en contra de la imputada y, precisamente por estar inmersa en dicho ciclo, esta incurre en el delito de introducción de droga en centro penitenciario. Sin embargo, el análisis que hace el tribunal desconoce por completo las etapas del ciclo de la violencia doméstica y la invalidez aprehendida que a consecuencia de la misma adquieren sus víctimas; tal afirmación se ilustra perfectamente con el siguiente párrafo de la sentencia de casación:

*Acorde con lo expuesto, el Tribunal en forma ilógica y yendo en contra de lo aconsejado por la experiencia, estimó que al mediar una relación de convivencia entre la imputada y el individuo al que ella llevaba la droga, esa circunstancia elimina – no obstante la violencia reconocida en el comportamiento de Bertarioni Barquero – que éste la agrediera, con lo que se obvia la realidad de la violencia intrafamiliar. Además, la afirmación de la encartada de que: “[...] **El era bueno pero también me golpeaba, discutíamos y nos abrazábamos. El me pegaba, uno se trata de defender**”, son*

interpretados por los Juzgadores en perjuicio suyo, por estimar que al afirmarse que ella ejercía algún tipo de defensa de su persona, correlativamente no tendría por ello miedo de las amenazas del acusado. Observan los suscritos Magistrados, que más bien las expresiones de la justiciable reflejan el síndrome de las personas agredidas, que incluso justifican el comportamiento lesivo ocasionado sobre sus personas y visualizan al agresor como una persona buena, pero que no tiene control de sus impulsos, ya que luego de una situación de agresión, se da una etapa de reconciliación en la que el agresor se disculpa por lo sucedido, manifiesta arrepentimiento y promete no volver a hacerlo. Al efecto cabe apuntar, que el Tribunal llegó al absurdo de interpretar que si ella trataba de defenderse en los momentos en que era agredida, ello implicaba – correlativamente– que sí podía oponerse a las amenazas de su conviviente, por lo que de acuerdo con esa conclusión, para poder acreditar la minusvalía de la justiciable respecto a su concubino, sólo sería aceptable si ella recibiera los golpes sin ejercer la mínima defensa, que en todo caso ni siquiera –corde con el contenido del fallo– se preguntó a Landa en qué consistía. (Sala Tercera de la Corte, n.º 1446 de las 11:40 hrs. del 17 de diciembre de 2004).

La otra sentencia también declara la ineficacia del fallo, pero, en este caso, porque el tribunal omitió evacuar una pericia psico-social que la defensa de la encartada ofreció como prueba para mejor proveer, ya que la sala consideró que, en un caso de estos, no podía invocarse el transcurso del tiempo para no evacuar dicha probanza, pues la misma podría servir para descartar o confirmar alguna de las pruebas que habían sido evacuadas en debate y que hacía referencia al tema, motivo por el cual anula el fallo por quebranto al derecho de defensa de la encartada.

Finalmente, además llama la atención el fallo más reciente en relación con el punto, el cual corresponde al 229-2009 del Tribunal de Casación Penal, sede San Ramón, sentencia en la cual la sede de casación anula una absolutoria por considerar que la carga de la prueba para acreditar la existencia de violencia doméstica en su perjuicio corresponde a la imputada y que, en el presente caso, esta no quedó debidamente demostrada.

Una vez vistos los fallos que hacen referencia al punto, del material estudiado podemos formular apreciaciones interesantes respecto a la comisión de delitos relacionados con drogas, en los cuales se encuentra inmersa la mujer a consecuencia de una relación sentimental.

En primera instancia, como ya se indicó, pese a que en la mayoría de los fallos no se discute el asunto de la violencia doméstica, sino que el objeto del recurso son otros aspectos, llama la atención el hecho de que la mayoría de personas procesadas por este delito sean mujeres. Si bien no podemos afirmar que en todos los casos el trasfondo es un problema de violencia doméstica, sí podemos evidenciar un problema relacionado con el género.

Vivimos en una sociedad patriarcal y androcéntrica, en la cual el rol tradicional de la mujer ha sido servir y obedecer al hombre, sea este padre, hermano, esposo o hijo:

[...] todas las mujeres somos socializadas para valorar más el cuidar/ nutrir/ dar afecto desde muy pequeñas, se nos estimula a desarrollar nuestras habilidades en las actividades que se relacionan con cuidar y dar de comer a las personas. (Facio Montejo, 1999, p. 19).

Consideramos que es muy factible que, por esa misma razón, por esa socialización, en la cual se dispone que la mujer debe obedecer, someterse y hasta sacrificarse en pos del hombre, sea mucho más proclive a la comisión de las delincuencias en análisis.

Además, según revelan los informes internacionales, la problemática de los delitos relacionados con drogas en los cuales se ve involucrada la mujer no es exclusiva de nuestra realidad socio-jurídica:

*Como ya se ha indicado, el motivo principal de que haya tantas mujeres en la cárcel son las drogas: la Relatora Especial tropezó en muchas ocasiones en sus entrevistas con presas que eran el vivo ejemplo del rigor con el que se aplicaban las leyes en materia de drogas. Un "correo" es, en la jerga de los drogadictos, la persona que transporta las drogas. De un estudio reciente de los "correos de droga" en Nueva York, se desprende que la abrumadora mayoría (el 96%) de las mujeres entrevistadas por introducir droga de contrabando, acusadas de un delito de drogas tipo A-1 y condenadas a cadena perpetua en virtud de la legislación Rockefeller sobre drogas, carecía de antecedentes penales / Tracy Huling "Women Drug Couriers" en **Criminal Justice**, vol. 9, Nº 4, 1995, pág.14. Muchas no sabían siquiera que estaban transportando drogas; a menudo creían que el paquete que llevaban era "un regalo para un amigo". Otras se habían sentido obligadas por presiones de su pareja sentimental; las habían amenazado de muerte a ellas y a sus hijos².*

Podemos afirmar, entonces, que en muchos casos la mujer con tal de obedecer o complacer a su esposo o compañero sentimental, es amenazada o, por el simple pedido de este, se arriesga a perder su libertad al intentar introducir droga a un centro penitenciario.

Continuando con el análisis, en los casos donde se descarta la existencia de violencia doméstica y, por ende, se impone una sanción privativa de libertad, puede ser que se esté dando un abordaje superficial del problema y, en estos casos, si consideramos que la imposición de una pena con la finalidad resocializadora que, como se indicó al inicio, es la que persigue nuestro ordenamiento, no se está dando, pues no se está abordando de una forma integral el problema de fondo.

Por un lado, se indica en estos casos que no hay violencia, porque el agresor no está presente o se encuentra preso cuando se realizan las conductas delictivas, como si la problemática de la violencia doméstica fuera algo de constatación inmediata y de verificación únicamente en el plano físico.

Recordemos que

*para ser víctima de violencia doméstica, no es necesario que en una misma persona confluyan varios tipos de violencia, -física, sexual, psicológica y patrimonial-, con solo una de ellas es suficiente para poder considerarse sujeto pasivo de la agresión. La experiencia clínica y la investigación psicológica demuestran que la violencia y el abuso dentro de la familia tienen efectos reales y significativos en los individuos, familias, comunidades y la sociedad. **Muchos de esos efectos tienen una larga duración.** (Bialikamien y Chacón, 1999, p. 143). (El subrayado es nuestro).*

2. Tomado del Informe Integración de los Derechos Humanos de la Mujer y la Perspectiva de Género. La violencia contra la Mujer. (1999) .Presentado ante la comisión de Derechos Humanos, Consejo Económico y Social. Naciones Unidas. 4 enero.

El ciclo de la violencia se desarrolla a lo largo del tiempo, comprendiendo altos y bajos; consta de períodos de calma, períodos de acumulación de tensión y, por último, de crisis o de violencia.

Una vez que la mujer se encuentra dentro de este ciclo, el miedo o el temor hacia el agresor se mantiene a pesar de la ausencia física de este, ya sea por lapsos de tiempo cortos o prolongados. La dominación puede llegar a ser tal que el hombre sabe que la mujer obedecerá sus órdenes, aunque él no se encuentre presente. El mejor ejemplo de esto es la visita conyugal carcelaria que realiza la esposa o compañera a sabiendas de que en muchas ocasiones la golpean. Esto no puede comprenderse, sino es a la luz de la dependencia emocional que crea el ciclo de la violencia. Por ello, no podemos afirmar que la ausencia física del hombre descarta la presencia de violencia doméstica.

Tampoco otro aspecto que se menciona en uno de los fallos es definitivo. Este indica que no puede haber violencia doméstica, porque el hombre se atribuye toda la responsabilidad para exonerar a su compañera. Esta afirmación parece desconocer el hecho de que los agresores no son violentos todo el tiempo. También se indica como uno de los mitos entorno a la violencia doméstica en hecho de que el agresor no es un compañero cariñoso.

Este mito ha dado lugar a muchísimos otros muy particularmente, al de la esposa masoquista. Las mujeres han sido acusadas de amar la brutalidad de sus agresores más que su gentileza, porque ha sido difícil para la sociedad comprender el comportamiento cariñoso de los agresores. Pero los agresores son descritos con frecuencia por sus víctimas como muchachitos juguetones cuando no están violentos. Son retozones, corteses, sensibles, excitantes y afectuosos con sus mujeres. (Walker, 1999, p. 45).

Así perfectamente una afirmación de ese tipo puede darse en el período de arrepentimiento, en el cual el agresor se siente culpable por el daño que ha hecho y se siente convencido de que no lo hará jamás.

Tampoco debe dejarse de lado en este asunto que, en la gran mayoría de mujeres víctimas de violencia doméstica, se presenta lo que conocemos como "TEORÍA DE LA INVALIDEZ APRENDIDA", la cual se ha definido como el

Reforzamiento de una respuesta temprana y el comportamiento pasivo subsiguiente. Las mujeres funcionan a partir de la idea de que no tienen posibilidad de controlar lo que les sucede, ni pueden tener influencia sobre ello, por lo que llegan a permitir cosas que están más allá de su control. Llegan a sentir que no tienen opciones, que no tienen influencia sobre el éxito o el fracaso de los eventos que les conciernen. (Walker, 1999, p. 170).

La mujer deja de ser la dueña de sus actos para ceder el control al agresor y esto lo hace, porque llega a convencerse de que nada de lo que haga va a cambiar la realidad en la cual se encuentra inmersa. "Las condiciones sociales, las leyes acerca del matrimonio, la realidad económica, la inferioridad física, todas ellas enseñan a las mujeres, que no tienen control directo sobre las circunstancias de su vida". (Walker, 1999, p. 170).

Dicha teoría había sido aplicada por nuestra jurisprudencia en materia penal para referirse a la incapacidad para resistir o el fundamento de por qué las víctimas de delitos sexuales no narraban lo sucedido. Sin embargo, fue aplicada expresamente en un caso donde se relacionaba la venta de droga con el problema de la violencia doméstica, al respecto indica el fallo:

Nótese que la justiciable Murillo Monge a pesar de haber denunciado a su esposo ante el Juzgado Contravencional de Santa Ana, precisamente por violencia doméstica, y no obstante haberse acogido su denuncia ordenándosele a éste que se alejara del hogar -como medida preventiva- durante dos meses, no tuvo la capacidad suficiente para impedir que regresara a la casa una vez cumplida la medida citada. Asimismo, como aspecto relevante en torno al dominio o poder que aquel ejercía, se tiene por acreditado, no sólo porque así lo manifiestan claramente los oficiales de policía, sino porque ello se extrae del análisis expuesto por los juzgadores, que durante el tiempo que Ortiz Cordero no estuvo en la vivienda, producto de la medida en mención, la venta de droga estuvo suspendida "definitivamente"; iniciándose sin embargo de nuevo con su regreso al lugar (fl. 297). Este temor hacia su esposo se ve acreditado también, tanto por la existencia del expediente por Violencia Doméstica seguido en contra de éste en el Juzgado Contravencional de Santa Ana (fls. 246 a 266), como por las conclusiones del Dictamen Psicológico Clínico-Forense que se le practicó, y en el cual se estableció que presentaba precisamente "sintomatología compatible con un sentimiento de desesperanza aprendida, en donde la reacción de la evaluada ante un evento traumático, es el sentimiento de impotencia, perdiendo la motivación para reaccionar, pudiendo llegar incluso a pensar que no hay nada que se pueda hacer para evitar el maltrato y la agresión que vive en su dinámica de pareja. La desesperanza aprendida podría producir cambios profundos, en la manera en que la evaluada siente, piensa y se comporta, como lo es la incapacidad para controlar eventos que suceden, expectativas no realistas, pérdida de la capacidad para resolver problemas, depresión y ansiedad. (Sala Tercera de la Corte, n.º 175 de las 9:00 hrs. del 28 de febrero de 2002). (El subrayado es nuestro).

Trasladado al plano del derecho penal, su aplicación conlleva para quien la sufre, y de acuerdo con lo que se desprende del fallo antes citado, la eliminación de la culpabilidad o reproche de la acción típica y antijurídica, ya que si bien la persona comprende la ilicitud de sus actos, no posee la capacidad para comportarse de acuerdo con la comprensión de la antijuridicidad, motivo por el cual debe absolversele de toda responsabilidad, al no constituir delito la conducta realizada.

Consideramos que precisamente esta teoría (de la invalidez aprendida y su repercusión en el campo del derecho penal, la cual es la eliminación de la culpabilidad al existir un estado de necesidad exculpante), debe tenerse presente en primera instancia, al conocer procesos, (no solo relacionados con drogas, sino en general), donde la imputada alega que su actuación obedeció a ser víctima de violencia doméstica.

Una vez con este primer punto claro, deben agotarse todos los medios probatorio disponibles tendientes a acreditar o no la misma en el caso concreto, claro está con una adecuada valoración probatoria que, evidentemente para estos casos, requiere de capacitación y sensibilización en materia de género y violencia doméstica, para no incurrir en yerros como los indicados en algunas de las sentencias que en sede de casación fueron anuladas.

Luego, en el caso de las condenatorias, consideramos que para que efectivamente la pena cumpla su finalidad resocializadora, debe ayudársele a la mujer a salir de la situación anómala en la que se encuentra, ya que de muy poco o nada servirán unos cuantos años en prisión, si la persona cuando salga va a volver a la situación de dependencia física, emocional y económica en que se encontraba originalmente.

El problema es que aquí ya estaríamos hablando de prevención y en esto es la propia legislación la que establece límites a las potestades estatales, jurisprudencialmente se ha señalado al respecto:

Hay que recordar que en un estado Constitucional como el nuestro, la libertad es primordial, y su limitación solo debe darse cuando resulta absolutamente necesaria para cumplir los fines de la sanción. Aparte de ello, se nota que algunas de las consideraciones del juzgador para denegar la ejecución condicional de la sanción, se contraponen al derecho penal democrático. Se dice que los hechos por los cuales se le condena son "sumamente graves", sin embargo no puso ningún reparo a la sanción pactada entre el ministerio Público y la defensa, por lo que debe entenderse que tácitamente consideró que dicha sanción era proporcional al hecho cometido y a la culpabilidad del sentenciado. Se argumenta que no mostró arrepentimiento pero no fundamenta las razones por las cuales llega a esa conclusión. El único dato objetivo es que aceptó el procedimiento abreviado y con él los hechos atribuidos. Pero de ello no puede colegirse válidamente la inexistencia del arrepentimiento. La sentencia refiere que no ha recibido ningún tipo de tratamiento que permita establecer que no volverá delinquir. Sobre este particular lo primero que debe plantearse es si en un régimen de derecho, el Estado se encuentra legitimado para "tratar" a los delincuentes e impedir que cometan delitos futuros. La respuesta es negativa. Lo único que puede hacer el Estado es darles opciones para ellos mismos elaboren sus proyectos de vida y puedan salirse de la delincuencia, pero ello siempre será una oferta y no una imposición. En todo caso, el juez a quo pretendía que ese tratamiento se realizara de previo a la sentencia, exigencia que sería contraria a la presunción de inocencia que constitucional y legalmente amparaba al encartado. (Tribunal de Casación Penal, n.º 983 de las 10:10 hrs. del 30 de septiembre de 2003). (El subrayado es nuestro).

Por tanto, si bien es cierto, el Estado no puede imponer tratamientos, como lo indica esta sentencia, sí puede BRINDAR OPCIONES PARA QUE LAS PERSONAS ELABOREN SUS PROYECTOS DE VIDA, en tanto ejerza dicha misión, sobre todo en el caso de las mujeres que delinquen a consecuencia de ser víctimas de violencia doméstica, estará haciendo más factible el hecho de que el fin resocializador de la pena se cumpla.

Las mujeres agredidas necesitan que se les enseñe a cambiar sus expectativas de fracaso para invertir la tendencia cognoscitiva negativa. Ellas necesitan entender lo que es el éxito, necesitan aumentar su motivación y niveles de aspiraciones, necesitan ser capaces de iniciar respuestas nuevas y más eficaces, de forma que ellas puedan aprender a controlar sus propias vidas. (Walker, 1999, p.165).

Bibliografía

Libros y Artículos

Batres, G. (1996). *El Problema del Abuso y Agresión a las Mujeres y a la Niñez y su abordaje desde una Perspectiva de Género*. En antología Defensa Penal un reto para la Justicia Contemporánea. ILANUD.

Bialikamien, S. y Chacón, F. (1999). En antología *El Derecho a la no Violencia*. Escuela Judicial, Poder Judicial.

Ballesteros Pernudi, K. (1996). *Breves Rasgos del Tratamiento Penal al Problema de la Agresión contra las Mujeres por su Pareja: Actualidad y Posibilidades*. En antología Defensa Penal un reto para la Justicia Contemporánea. ILANUD.

Chaverri Calvo, M. (1996). *La Violencia Doméstica en Costa Rica, un Problema Bio-psico-social*. En antología Defensa Penal un reto para la Justicia Contemporánea. ILANUD.

Facio Montejó, A. (1999). *El Derecho Patriarcal Androcéntrico*. En antología El Derecho a la no Violencia. Escuela Judicial, Poder Judicial.

Informe Integración de los Derechos Humanos de la Mujer y la Perspectiva de Género. La violencia contra la Mujer. 1999. Presentado ante la comisión de Derechos Humanos, Consejo Económico y Social. Naciones Unidas.

Muñoz Conde, F. (1991). *Teoría general del delito*. Valencia: Tirant lo blanch.

_____. 1979. La resocialización del Delincuente. En Revista Cuadernos de Política Criminal, volumen VII.

Walker, L. (1999). *Teoría Psicosocial de la Invalidez Aprendida*. En antología El Derecho a la no Violencia. Escuela Judicial, Poder Judicial.

Jurisprudencia

SALA TERCERA DE LA CORTE, n.º 610 de las 9:35 hrs. del 13 de octubre de 1995.

SALA TERCERA DE LA CORTE, n.º 756 de las 8:45 hrs. del 22 de diciembre de 1995.

SALA TERCERA DE LA CORTE, n.º 757 de las 8:50 hrs. del 22 de diciembre de 1995.

SALA TERCERA DE LA CORTE, n.º 431 de las 9:25 hrs. del 16 de abril de 1999.

SALA TERCERA DE LA CORTE, n.º 23 de las 9:55 hrs. del 07 de enero de 2000.

SALA TERCERA DE LA CORTE, n.º 337 de las 10:00 hrs. del 31 de marzo de 2000.

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL, n.º 43 del 12 de enero de 2001.

SALA TERCERA DE LA CORTE, n.º 534 de las 14:15 hrs. del 06 de junio de 2001.

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL, n.º 53 de las 10:15 hrs. del 01 de febrero de 2002.

SALA TERCERA DE LA CORTE, n.º 88 de las 9:30 hrs. del 08 de febrero de 2002.

SALA TERCERA DE LA CORTE, n.º 98 de las 10:20 hrs. del 08 de febrero de 2002.

SALA TERCERA DE LA CORTE, n.º 175 de las 9:00 hrs. del 28 de febrero de 2002.

SALA TERCERA DE LA CORTE, n.º 321 de las 11:25 hrs. del 5 de abril de 2002.

SALA TERCERA DE LA CORTE, n.º 896 de las 9:15 hrs. del 13 de setiembre de 2002.

SALA TERCERA DE LA CORTE, n.º 315 de las 8:59 hrs. del 16 de mayo de 2003

SALA TERCERA DE LA CORTE, n.º 350 de las 11:03 hrs. del 16 de mayo de 2003.

SALA TERCERA DE LA CORTE, n.º 351 de las 11:05 hrs. del 16 de mayo de 2003.

SALA TERCERA DE LA CORTE, n.º 473 de las 15:22 hrs. del 09 de junio de 2003.

SALA TERCERA DE LA CORTE, n.º 543 de las 10:00 hrs. del 27 de junio de 2003.

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL, n.º 983 de las 10:10 hrs. del 30 de setiembre de 2003.

SALA TERCERA DE LA CORTE, n.º 1446 de las 11:40 hrs del 17 de diciembre de 2004.

SALA TERCERA DE LA CORTE, n.º 131 de las 12:15 hrs. del 23 de julio de 2007.

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL, SAN RAMÓN, n.º 229 de las 15:20 hrs. del 12 de junio de 2009.

Dificultades Probatorias en la Investigación del ilícito de Lesiones Culposas en los casos de Mala Praxis Médica. La Paradoja de su Prescripción

*María Milagro Granados García
Diana Hernández Gamboa¹*

Resumen

Para determinar la existencia de un ilícito por mala praxis médica, es preciso corroborar si se cumplen los requisitos objetivos (resultado dañoso) y subjetivos (falta al deber de cuidado) del tipo penal, así como un nexo de causalidad entre ambos. Estos elementos científicos y técnicos se prueban por medio del dictamen médico legal que determine la violación al deber de cuidado y la magnitud del daño, y por eso se constituye en el elemento probatorio fundamental para acreditar la comisión del delito. Dicha pericia cuenta con numerosas complicaciones para alcanzar un valor probatorio confiable, lo cual atrasa la emisión del dictamen definitivo dentro de un plazo de prescripción insuficiente que, para el caso de las lesiones culposas, es un plazo de tres años para culminar la investigación. A lo anterior se aúna el hecho de que existen dos criterios jurisprudenciales contradictorios por parte de la Sala Tercera y del Tribunal de Casación Penal, sede Goicoechea, con respecto a la suspensión de la prescripción penal cuando no exista dictamen médico legal definitivo, lo cual dificulta aún más finalizar una investigación compleja y técnica dentro del corto plazo de tres años indicado, así como dificulta su resolución, por las complicaciones aludidas para obtener el dictamen médico dentro de tal plazo que, a su vez, podría implicar una violación al derecho de justicia pronta y cumplida.

1. Introducción

1.1. Delito de lesiones culposas

Gracias a la promulgación del actual Código Procesal Penal en 1996, se le otorgó un mayor protagonismo a la víctima en el proceso penal, con el fin de que la misma obtenga una atención pronta y adecuada que le permita resolver su situación después de la comisión de un delito.

Sin embargo, en el caso de las investigaciones por mala praxis médica – entendiendo por ello aquellas conductas que impliquen una responsabilidad de la persona profesional de la salud por las consecuencias lesivas que causa con su actuación médica – los anteriores lineamientos generales se diluyen, ya que por las peculiaridades propias y técnicas de la materia, se denota una dificultad probatoria, lo cual redundando en un alargamiento – a veces desproporcionado – del proceso penal, durante el cual la víctima se ve relegada a un segundo plano. Esto conlleva que su protección sea meramente teórica, pues se circunscribe a la legislación penal, pero no se plasma en el proceso penal que se da en la realidad.

1. *Licenciadas en Derecho, fiscales auxiliares del Ministerio Público, San José, Costa Rica mgranados@poder-judicial.go.cr; dhernandezg@poder-judicial.go.cr

Resulta evidente que la mala praxis médica es por definición un delito culposos, ya que en caso de que el médico o la médica cause intencionalmente el daño, se aplicarán las figuras correspondientes a lesiones u homicidio dolosos. Es así cómo este ilícito se produce como consecuencia de una violación al deber de cuidado que se deriva a su vez de la inobservancia a la lex artis médica. No cabe duda alguna del carácter de delito culposos que tienen los delitos surgidos con ocasión de una mala praxis médica.

Sin embargo, en razón de ello su penalización ha sido cuestionada. Para muchas personas juristas los delitos culposos no deben ser penados de la misma manera que los delitos dolosos; es decir, con pena de prisión. Para muchas personas, incluso, los daños ocasionados por mala praxis médica no son pertenecientes a la materia penal, sino que son propios de una relación contractual civil, por lo que únicamente debe exigirse el resarcimiento económico.

No obstante, desde otro punto de vista, el cual compartimos, se ha considerado que el peligro que representan los delitos culposos para el normal funcionamiento de una comunidad implica que merezcan pena, con la condición de que no se sobrepasen los límites de lo que es posible exigir a una persona; es decir, sin responsabilizarla por las consecuencias imprevisibles.

En todo caso, se trata de una acción que aunque no está orientada hacia la realización de un hecho antijurídico, de igual manera lo concreta, porque el sujeto omitió el deber de cuidado imprescindible para que no aconteciera, ya que pudo y debió evitarlo. Al respecto, Marco Antonio Terragni (1998, p. 31) señala:

En cuanto a las razones de política criminal que guían la represión de este tipo de ilícitos, están dadas por la magnitud de los perjuicios que causan tales conductas y la consiguiente necesidad de prevenir que ellos se concreten.

En nuestro sistema penal, el delito de lesiones culposas, contemplado en el numeral 128 del Código Penal, tipifica la conducta en la que la falta al deber de cuidado conduce a una afectación a la salud o la integridad física. Al hablar de lesiones culposas necesariamente nos remitimos a dos modalidades clásicas, los accidentes de tránsito y la mala praxis médica, dado que cualquier otra conducta típica de lesiones culposas que no se englobe en estos dos grupos viene a ser sumamente casuística. Las dos modalidades indicadas han sido tratadas ampliamente en la doctrina y la jurisprudencia; propiamente en cuanto a los accidentes de tránsito, el tema se ha enfocado en la incidencia y el daño social, especialmente cuando media abuso del alcohol, para lo cual se ha desarrollado una serie de campañas represivas y preventivas.

En cuanto al tema de la mala praxis médica, por otro lado, si bien se han desarrollado ampliamente los aspectos de fondo, es decir, en cuanto a la responsabilidad que surge de la práctica de los y las profesionales en ciencias médicas y su distinción con la iatrogenia, no ha sido así con respecto a sus caracteres procesales, específicamente los aspectos probatorios y las dificultades inherentes a los mismos. Esto puede afirmarse en cuanto a la doctrina nacional, la cual ha sido ínfima en ahondar en dichos caracteres. Por eso en el presente artículo pretendemos abarcar el tema de la mala praxis médica desde un punto de vista probatorio y meramente práctico.

1.2. Dificultad probatoria

En los casos de lesiones culposas por mala praxis médica, es preciso corroborar, en primer lugar, si el requisito objetivo del daño, ya sea lesiones o muerte, se produjo en perjuicio de la víctima. En segundo lugar, es menester que tal resultado dañoso sea la consecuencia inmediata de la omisión a un deber objetivo de cuidado, y con

ello, se determinará si existió culpa penal por parte del sujeto activo. Para ello se torna necesario comparar la acción u omisión del médico o de la médica y el elemento normativo del tipo penal que corresponda; es decir, la conducta exigida de acuerdo con el deber de cuidado, lo cual se resume en la siguiente ecuación:

Lesiones + falta al deber de cuidado + nexo de causalidad entre ambos = mala praxis médica

Para determinar la existencia de un delito de mala praxis médica, es preciso corroborar si se cumplen los requisitos objetivos (resultado dañoso) y subjetivos (falta al deber de cuidado) del tipo penal, así como un nexo de causalidad entre ambos y la culpabilidad del médico o de la médica. Estos elementos científicos y técnicos se prueban por medio del dictamen médico legal que determine la violación al deber de cuidado y la magnitud del daño, y por eso se constituye en el elemento probatorio fundamental para acreditar la comisión del delito.

Dicha pericia cuenta con numerosas complicaciones para alcanzar un valor probatorio confiable, pues debe secuestrarse y valorarse la información clínica del o de la paciente, si es necesario se debe nombrar a una persona perita interconsultora, todo lo cual atrasa la emisión de la pericia dentro de un plazo de prescripción insuficiente. Posteriormente, dicho dictamen debe ser valorado e interpretado por el o la fiscal y la persona juzgadora. De ahí surge una dificultad probatoria en aspectos tales como la carencia de conocimiento técnico por parte de los sujetos procesales, las trabas para el secuestro de expedientes clínicos, el problema a la hora de individualizar a la persona responsable, entre otros.

Es bien sabido que la mala praxis médica cuenta con una alta suma de cifra negra, la cual se constituye por los delitos que nunca fueron denunciados y / o los que fueron denunciados; pero que no finalizaron con una condenatoria.

Consideramos que el segundo caso de cifra negra, en el asunto de la mala praxis médica, se debe principalmente a la dificultad probatoria que aqueja la investigación de este delito.

En este mismo sentido, el Dr. Cordero Iannarella (1996) ha considerado la dificultad probatoria como una de los factores más importantes que ocasionan la cifra negra de este delito en particular. Asimismo, establece el origen de la misma en la naturaleza del acto médico y del daño que genera, ya que el objeto del delito es cambiante y puede que el daño no sea evidente para la persona ofendida, manifestándose únicamente con el transcurso del tiempo, lo cual a la vez puede implicar que la evidencia del delito desaparezca o se distorsione.

Por otro lado, agrega que se requerirá de una valoración pericial que cuenta con otras dificultades, como son los lazos afectivos en la comunidad médica que producen una especie de protección entre los y las miembros de la misma, y el hecho de que el objeto de la pericia siempre será opinable, lo que para muchas personas la termina convirtiendo en meras especulaciones y no en un elemento probatorio unívoco e infalible.

Al hablarse de dificultad probatoria en los casos de mala práctica médica, debe resaltarse que dada la tecnicidad del delito, es necesaria una serie de pericias médicas muy complejas que requieren de una extensa labor de análisis por parte de los y las especialistas del Complejo de Ciencias Forenses, al punto que incluso solicitan peritos y peritas interconsultores especialistas que no poseen ninguna de las secciones de clínica forense, lo cual atrasa aún más el resultado de la pericias en cuestión que determinarán la existencia o no de una mala praxis y con ello la configuración de los elementos objetivos y subjetivos del delito.

De esta forma, en la práctica, al investigar un caso por mala praxis médica, surgen numerosos obstáculos, como lo son el procedimiento de secuestro de expedientes clínicos y placas, su análisis por parte de los médicos y las médicas forenses, en caso de ser necesario, el procedimiento para solicitar una perita interconsultora y su respectivo reporte de interconsulta y, finalmente, el largo proceso en lo interno del centro hospitalario para encontrar a la persona profesional responsable.

Es indiscutible que todos los tipos penales presentan en mayor o menor medida una complejidad técnica que les es propia; pero en el caso de la mala práctica médica, cobra especial importancia por la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados en dicho delito y por la forma de probarlo:

No han de ser pocos los casos en los que la duda que en el juzgador plantea un análisis probatorio de la situación médica, de tan difícil valoración, sea el punto que, finalmente, decida la controversia en favor del médico. (Cordero Iannarella, 1998, p. 298).

Esta "prueba difícil", según la denomina ese mismo autor, trae como resultado – negativo, evidentemente– que se necesiten conocimientos especializados en la materia, tanto por parte del juez o de la jueza, quien, en última instancia, decidirá sobre la responsabilidad de la persona imputada, como por parte del representante del o de la Ministerio Público y de la persona defensora, para que les sea posible dilucidar si existe un nexo causal entre el resultado dañino (la afectación a la integridad física de la persona ofendida o bien a su vida, para el caso del homicidio culposo) y la conducta de la persona imputada, la cual fue desplegada inobservando las reglas de la *lex artis*.

La prueba –es decir los elementos que permiten conocer la verdad real de los hechos– básicamente consiste en el expediente clínico, el cual no cuenta con un adecuado manejo hospitalario, pues gran cantidad de personas tiene acceso al mismo e, incluso, podría darse el caso de que se alteren los mismos por descuido o por conducta delictiva de alguna persona funcionaria del centro médico con la intención de favorecer a la médica o al médico autor de la mala praxis.

Dada la complejidad aludida, en muchas ocasiones, ante la falta de claridad de los dictámenes médico legales al afirmar la existencia de una omisión al deber de cuidado, las personas actoras penales se encuentran con un gran obstáculo, puesto que se requerirá de conocimientos en las ciencias médicas para comprender cabalmente la pericia en los términos expuestos, lo cual se torna prácticamente imposible para aquellas fiscalías no especializadas en la materia.

De esta manera, se ha realizado un breve esbozo de las dificultades probatorias que aquejan la investigación del delito de lesiones culposas, específicamente cuando existe una presunta mala praxis médica de por medio. Lo anterior se enmarca dentro de un plazo de prescripción que se torna insuficiente, y este es el tema que se desarrollará a continuación.

2. Plazo de prescripción en las lesiones culposas

2.1. La paradoja de la prescripción

Una de las cuestiones importantes de resaltar en cuanto a la dificultad probatoria que revisten las investigaciones a nivel penal en delitos de lesiones culposas por mala práctica médica se encuentra en la paradoja que entraña el plazo de su prescripción. Como sabemos, el artículo 31 del Código Procesal Penal (en adelante CPP) establece que la acción penal prescribirá después de transcurrido un plazo igual al máximo de

la pena en los delitos sancionables con prisión; pero, en ningún caso, podrá exceder de diez años ni podrá ser inferior a tres.

Tratándose del ilícito de lesiones culposas, debemos aplicar el plazo mínimo de prescripción que es de tres años, por lo que la investigación en torno a dicho delito deberá finalizar antes de dicho plazo, así como la solicitud pertinente para finalizar dicha etapa y deberá valorar si la causa tiene mérito suficiente para ser debatida en el contradictorio.

Este plazo, así expuesto, pareciera suficiente para determinar la concurrencia del elemento subjetivo –la culpa– con el elemento objetivo –afectación en la integridad física de la persona ofendida– en el caso de una mala práctica denunciada. Sin embargo, precisamente por la “prueba difícil” aludida, fundamental en este delito, dicho plazo se torna sumamente breve para poder determinar si en la especie hubo o no mala práctica.

No solo la médica o el médico forense debe examinar a fondo el o los expedientes clínicos de la persona ofendida, así como radiografías y hojas de puerta (las cuales, inexplicablemente, nunca se adjuntan a los expedientes, lo cual dificulta la labor de análisis), sino que previo a ello, deben ser los mismos secuestrados por orden de jueza o juez¹ y deben ser trasladados desde el centro médico hasta la oficina de la persona perita, todo lo cual consume valioso tiempo para la investigación.

El panorama se complica si añadimos los múltiples casos en los cuales es necesaria la interconsulta con un o una especialista en la materia, pues naturalmente no es común esperar que el médico o la médica forense se especialice en todas las materias, por lo que necesitará ayuda para dictaminar sobre un punto en particular, como por ejemplo, en odontología, en anestesiología y, más recientemente, en cirugía cosmética.

Estas interconsultas consumen un gran tiempo de la investigación: desde el nombramiento de la persona perita, con la dificultad de encontrar a una o un profesional de la salud dispuesto a hacerlo y comprometer a una o un “colega” suyo al que ni siquiera conoce, por una remuneración ridícula para el servicio que prestó, hasta la rendición de su informe y el análisis del mismo por parte del médico o de la médica forense que rendirá su dictamen varios meses después por la carga de trabajo que le ha sido asignada.

En términos prácticos, es común que el dictamen médico, conocido como el dictamen definitivo, en el cual se pronuncia la persona perita sobre la concurrencia de elementos de juicio para sostener que se dio en la especie una mala práctica médica, sea agregado al expediente de doce a dieciocho meses después de interpuesta la denuncia. Ello implica que luego del largo proceso para individualizar a la persona profesional responsable, para lo que se necesita ubicarla en lo interno del centro hospitalario –si es que dicho centro brinda colaboración– el o la fiscal cuenta con unos pocos meses para ubicarla, lograr que vaya a su declaración indagatoria (probablemente será interrumpida, porque buscará a una persona defensora especializada en la materia), y así formular la acusación en su contra.

Y allí reside la paradoja aludida: que mientras los y las fiscales procuran llevar a feliz término el expediente dentro del menor tiempo posible, las personas ofendidas molestas con justa razón con el sistema, no ven satisfecho su interés. Los tres años de prescripción de las lesiones culposas para una persona que ha sufrido

1. Punto que en todo caso resulta rebatible, pues legalmente sería conducente el secuestro del expediente clínico mediante orden del Ministerio Público con consentimiento del derechohabiente, a saber la víctima.

un menoscabo en su integridad física o en su salud resultan sumamente largos y extenuantes, pues ve pasar el tiempo, los dictámenes médicos, las múltiples valoraciones y exámenes físicos, pero no alcanza ver una respuesta del sistema al que han acudido en torno al daño que ha sufrido.

Igualmente, dado que en su mayor parte, los médicos y las médicas de instancia responden negativamente a la pregunta de si existió omisión al deber de cuidado en el caso denunciado, las personas ofendidas además deben volver a pasar por la valoración de su caso ante el Consejo Forense, lo que implica una revictimización. Este consejo médico, en última instancia, decidirá la controversia, lo cual toma, como se adivinará, más tiempo que la víctima, en no pocas ocasiones, ya la ha extenuado y que, por ello, decide no continuar con la causa antes de pasar por esta segunda etapa, todavía preliminar, pues recordemos que aún no ha llegado a juicio, ni siquiera a la fase intermedia.

Resulta evidente que esta paradoja complica aún más la labor investigativa del o de la fiscal en denuncias por mala práctica médica, por no mencionar la labor interpretativa de la persona juzgadora, ya que incluso se enfrentan con reglas especiales para el cómputo de la prescripción, siguiendo dos criterios jurisprudenciales: el de la Sala Tercera y el del Tribunal de Casación Penal, los cuales abogan, por una parte, por la suspensión de la prescripción cuando no exista el dictamen médico definitivo y ello redunde en una imposibilidad de continuar con el procedimiento; y por otra, por la no suspensión de dicho plazo que acaecería fatalmente incluso si no existiera un pronunciamiento definitivo del médico o de la médica forense que permita determinar si en la especie hubo o no una violación a las reglas de la *lex artis*. Por eso, es necesario enfatizar que la prescripción en el ilícito que nos ocupa, y más específicamente para las lesiones culposas, resulta ser un plazo sumamente corto tomando en cuenta la tecnicidad del delito investigado.

2.2. *La suspensión del plazo de la prescripción de la acción penal mientras no se determine la magnitud del daño. Discusión jurisprudencial*

El problema de la suspensión de la prescripción cuando no existe aún un dictamen médico legal ha sido profusamente discutido por nuestra jurisprudencia penal. Existen dos criterios en cuanto a dicha suspensión a saber: por una parte, que el hecho de no contar con el dictamen definitivo imposibilita continuar con el procedimiento y por ello la prescripción durante dicho lapso debe suspenderse, y por otra, que la suspensión no ocurre por no estar expresamente previsto así en el CPP. Dichas posiciones han sido tomadas tanto por parte de la Sala Tercera como por el Tribunal de Casación Penal² últimas instancias en materia penal en nuestro país con la legislación vigente.

La jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal ha sufrido una evolución en cuanto al tema que nos ocupa, ya que en el 2005, específicamente en su voto número 603, sostuvo que cuando resulte imposible rendir el dictamen referido debido a que es necesario esperar un plazo específico para determinar las secuelas de las lesiones y su magnitud, por lo cual durante dicho plazo la prescripción se mantiene suspendida, en atención a lo dispuesto por el inciso a) del artículo 34 que indica que si la acción penal no puede ser perseguida o promovida por un impedimento legal o constitucional, entonces la prescripción se suspenderá.

Dicho impedimento que el tribunal calificó en su momento de "*imposibilidad absoluta*", se deriva del numeral 41 de la Constitución Política, pues el mismo estipula que toda persona tiene derecho a que se resuelva judicialmente cualquier injuria o daño sufrido:

2. Aclaremos que al mencionar la línea jurisprudencial del Tribunal de Casación Penal nos referimos a la sede de Goicoechea.

[...] de lo que surge el derecho a que se precise la magnitud de las lesiones sufridas, lo que no tiene solo implicaciones desde el punto de vista penal, sino también civil en lo atinente a las indemnizaciones que pudieran corresponder, lo anterior en relación con el principio de tutela judicial efectiva, establecido en el Art. 41 de la Constitución, el que se vería afectado si por un lado es imposible determinar la magnitud de las lesiones mientras no transcurra un plazo de tiempo, pero por otro lado si transcurre el plazo de tiempo necesario para emitir el dictamen entonces el asunto debe ser considerado prescrito. (Resolución 2000-436 del Tribunal de Casación Penal)³.

Así, según esta tesis, mientras no se determine la magnitud del daño –magnitud que solo podrá determinarse científicamente a través del dictamen pericial mencionado– la prescripción de la acción penal se verá suspendida en aras de desarrollar el derecho constitucional a la reparación de los daños y perjuicios sufridos por una persona.

No obstante, posteriormente, el tribunal de marras cambió su criterio y dictaminó que el lapso que debe transcurrir para determinar las secuelas de las lesiones y así rendir el dictamen médico legal definitivo NO suspende el plazo de prescripción del delito, en virtud de que no está expresamente previsto en el artículo 34 del CPP:

Partimos de negar la posibilidad de incorporar como causal de suspensión, conforme el art. 34.a), a una situación que no tiene el carácter de impedir la promoción y persecución de la acción penal; porque en realidad el ejercicio de la acción penal no se encuentra en ninguno de éstos casos, cuando no se cuenta con un dictamen médico legal definitivo, porque la acción penal continúa su marcha y no ha existido impedimento constitucional o legal que enerve su ejercicio -v. gr.; el caso del necesario desafuero (antejuicio) de levantamiento de la inmunidad constitucional por parte de la Asamblea Legislativa [...]. (Resolución 2005-643 del Tribunal de Casación Penal.)

En ese mismo sentido, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en el voto número 2002-446 había indicado que el diligenciamiento de los dictámenes referidos no puede suspender el plazo de la prescripción, ya que consideró que el artículo 34, propiamente su inciso a), se refería a aquellos casos en los cuales existía prejudicialidad o bien existía un fuero constitucional. Lo anterior lo fundamentó en los principios de seguridad y legalidad, y consideró que interpretar como una causal de suspensión de la prescripción la falta del dictamen definitivo sería una interpretación ampliativa, violatoria de los principios aludidos y del derecho de la persona imputada a que se defina su situación jurídica. Por ello, la Sala indicó que dicho inciso:

[...] al referirse al impedimento de promover o proseguir la acción penal en virtud de una disposición legal o constitucional, en modo alguno está permitiendo que el juzgador, en cada caso, determine lo que en su criterio constituye un obstáculo a la prosecución del asunto y busque la norma que lo ampara. El contar o no con rapidez con un dictamen médico, por ejemplo, o con cualquier otra prueba no es un problema que afecte el ejercicio de la acción penal. El nuevo proceso penal precisamente busca la resolución de la causa en un tiempo razonable. Para ello se contempló la reducción de los

3. Esta resolución número 2000-436 del Tribunal de Casación Penal fue reiterada en las resoluciones número 2001-370, 2001-423 y 2001-471, todas del mismo tribunal. Véanse también los votos 2001-193, 2001-432, 2001-483, 2001-1058, 2002-219, 2002-258, 2002-396, 2002-478, 2002-531, 2004-113 y 2005-189 del mismo tribunal.

plazos, la fijación de término para que el Ministerio Público finalice las investigaciones y la extinción de la acción penal por incumplimiento de ese plazo [...]. (Resolución 2002-446 de la Sala Tercera)⁴.

Coincidimos con la Sala en que el principio de seguridad jurídica reviste de suma importancia para limitar el poder punitivo del Estado y que por ello solo por ley – como en efecto ocurre– es posible establecer cuándo se suspende la prescripción de la acción penal.

Sin embargo, no coincidimos con la misma cuando señala que el no contar con el dictamen médico definitivo en una causa por lesiones culposas sea una mera falta de prueba o bien atraso de la misma, por cuanto al ser la pericia médica la prueba fundamental sin la cual no es posible definir siquiera la tipicidad de la conducta denunciada, solventar su carencia no se transforma en un capricho del Ministerio Público, sino en el cumplimiento del deber de dicha institución de velar por el interés público.

No es que en todos los casos se suspenderá el plazo de prescripción cuando no se cuente con el dictamen definitivo, sino solo en aquellos casos en los cuales sin dicho dictamen no es posible determinar la magnitud de las lesiones y / o las secuelas de las mismas y con ello, a su vez, establecer si ellas fueron producto de una violación a la *lex artis*.

El criterio vertido por la Sala en dicho voto de que tal interpretación del numeral 34 de repetida cita implicaría abrir las causales de suspensión, no lo compartimos, debido a que en realidad no sería suspender el plazo de prescripción en todos los casos en los que se complique o atrase de una u otra manera la tramitación de los expedientes, sino solo cuando en atención al mandato constitucional de reparación de los daños y perjuicios, la causa penal no puede ser proseguida, porque debe transcurrir un plazo determinado para revalorar a la persona ofendida y determinar la magnitud de sus lesiones, así como si las mismas fueron producto de una falta al deber objetivo de cuidado del médico o de la médica o, si por el contrario, fueron el resultado de un riesgo inherente al tratamiento o cirugía recibida.

Ahora bien, la Sala Tercera fundamenta su posición principalmente en la necesidad de respetar los derechos fundamentales de la persona imputada del proceso:

Las debilidades del sistema no deberían ser sufridas por ninguna de las partes, pero menos por quien oporta el peso de la represión penal, que le restringe derechos fundamentales, no sólo la libertad de tránsito, sino también de propiedad, trabajo, honor, que se pueden ver afectados ante un proceso penal. (Resolución 2002-446 de la Sala Tercera.)

Si bien es cierto, tiene razón la Sala al señalar que la persona imputada no debe soportar las debilidades del sistema, por cuanto su situación jurídica debe ser definida dentro de un plazo razonable, igualmente debe procurarse que los derechos fundamentales de las víctimas no sean vulnerados, atendiendo al principio de igualdad. Nótese que suspender el plazo de prescripción no implica desaparecer el mismo, pues el presupuesto de dicha suspensión se encuentra legalmente establecido, con lo que la seguridad jurídica de la persona imputada no resulta violentada.

4. Esta resolución número 2005-643 del Tribunal de Casación Penal fue reiterada en las resoluciones número 2005-1226, 2006-79 y 2006-252, todas del mismo tribunal. Véanse también los votos 2005-869 y 2005-873 del mismo tribunal.

Por otra parte, el criterio inicial del Tribunal de Casación Penal de que el plazo de prescripción se suspende cuando no se cuente con un dictamen médico legal definitivo que establezca la magnitud del daño causado fue compartido por la Sala Tercera en el 2004 al indicar que

[...] se acepta la tesis propuesta por la recurrente de que no habiendo ninguna información médica que sustentase la acusación, nos encontramos en la hipótesis prevista en el inciso 1° del numeral 34 del Código Procesal Penal, de forma tal, que - in extremis- teniendo como suspendido el curso de la prescripción de la acción penal, este se reanuda a partir del día 21 de mayo de 2.002, fecha en que ya el Ministerio Público puede formular la acusación, dado que se ha emitido el primer dictamen médico-legal en donde consta que el ofendido O.P.G. amerita al menos una incapacidad de cuatro meses a partir de la fecha de los hechos [...] (Resolución 2004-1195 de la Sala Tercera)⁵.

Así, la Sala admite que cuando no se haya podido emitir el dictamen médico definitivo, necesario para sustentar una acusación en contra de la médica o del médico imputado, se suspende la prescripción de la acción penal en virtud del artículo 34 del CPP, ya que sin dicho dictamen no es posible formular el requerimiento acusatorio por parte del Ministerio Público.

De igual forma, en su sentencia número 858-2005, la Sala también admite la posibilidad de suspender la prescripción de la acción penal cuando no se cuente con una pericia médica que establezca la magnitud de las lesiones, solo que lo estipula en cuanto a una investigación por lesiones dolosas, ya que sin dicha pericia, no se puede definir la tipicidad de la conducta (a saber, si son lesiones leves, graves o gravísimas). Por ello, en el caso concreto consideró lo siguiente:

[...] para emitir el dictamen médico legal definitivo, los peritos requerían que el ofendido hubiese sido dado de alta por los médicos tratantes, ya que solo así podrían determinar cuáles fueron las lesiones que finalmente sufrió a raíz de los hechos. Como se ve, se trata de un impedimento para continuar con el normal desarrollo del proceso y no de una situación que obedeció a la inercia injustificada de las partes, siendo ésta la que se sanciona con la prescripción. Tal y como lo apuntó el Tribunal, ante este panorama es aplicable el artículo 34 inciso a) del Código Procesal Penal, pues existe una disposición constitucional, a saber, el derecho a una tutela judicial efectiva, que justificó en su momento la suspensión de la prosecución de la persecución penal. (Resolución 858-2005 de la Sala Tercera, (el subrayado pertenece al original).

Dicha disposición constitucional se refiere al artículo 41 de nuestra Carta Política, la cual había sido analizada por el Tribunal de Casación Penal cuando aceptó que la acción penal se suspendía cuando no se contaba con el dictamen definitivo en un caso en que se investigaban lesiones dolosas. Lo contrario significaría negarle sus derechos a la víctima:

Si en un caso como este se acogiera la tesis de la defensa, no obstante la imposibilidad absoluta que había para la resolución definitiva del asunto hasta tanto no transcurriera el tiempo necesario para la evaluación de la magnitud de la lesión de la víctima (que como se apuntó, pudo haber variado la calificación jurídica de los hechos), se estaría

5. Al referirse dicha resolución al inciso 1° del artículo 34 del CPP, entendemos que se refiere al inciso a) del mismo código.

dejando sin contenido alguno el principio constitucional citado, pues se le negaría a la persona ofendida su derecho a obtener una respuesta, ignorando que ese derecho tiene un rango superior a la ley y que en todo caso, el mismo Código Procesal Penal contempla una norma, a saber, el ya citado 34 inciso a) [...] (Resolución 858-2005 de la Sala Tercera).

No vemos por qué no podría aplicarse la misma interpretación dicha para los casos de lesiones culposas, pues en ellos cuando se requiera que transcurra un lapso de tiempo determinado (como lo es esperar a que la persona ofendida haya sido dada de alta) para emitir el dictamen médico definitivo, también se deberá suspender la prescripción de la acción penal. Ello incluso constituye una garantía a favor de la propia persona encartada, quien tiene el derecho de saber exactamente cuál es el resultado dañoso que se le está atribuyendo a su persona como faltante al deber objetivo de cuidado, dado que cobra importancia para la determinación de la pena, según las mismas exigencias típicas del delito de lesiones culposas.

Nuevamente, la idea no es ampliar las causales de suspensión de la prescripción, sino tan solo desarrollar el precepto constitucional aludido mediante la aplicación real y concreta al artículo 34 del CPP. Inclusive la Sala Tercera deja en claro que dicho artículo no está sujeto a interpretación, mucho menos si es para tratar de justificar un atraso en el diligenciamiento de los importantes dictámenes médicos, pues solo es posible suspender la prescripción cuando el proceso se enfrente a un obstáculo de carácter legal o constitucional. En palabras de la propia Sala:

[...] tal y como se indicó en la resolución No. 2002-000446, de las 10:11 horas del 17 de mayo de 2002, se reitera aquí que el supuesto que contempla el inciso a) del artículo 34 no podría llenarse con cualquier interpretación, sino por el contrario, solo es aplicable en situaciones excepcionales donde la persecución penal no es posible en virtud de algún obstáculo fundado en un privilegio constitucional, como sería en este caso, la necesidad de recabar el dictamen médico-legal definitivo para determinar la norma aplicable en la especie, extremo que también es una garantía para el mismo encartado. (Resolución 858-2005 de la Sala Tercera).

Así, resulta evidente que durante los años 2000 a 2006 existieron dos criterios contrapuestos sostenidos por la Sala Tercera y el Tribunal de Casación Penal en cuanto al cómputo del plazo de prescripción en caso de no contar con el dictamen médico definitivo, lo cual es contraproducente para la Administración de Justicia. Si existen esos dos criterios jurisprudenciales, entonces habrá diferentes resultados para la parte ofendida dependiendo del Tribunal que resuelva su caso en casación, lo cual implica una violación al principio de igualdad.

Sin embargo, en el 2007, el Tribunal de Casación Penal adoptó el criterio vertido previamente por la Sala Tercera, en la resolución número 1057-2007, en la cual el tribunal consideró que si la carencia del dictamen médico legal definitivo implicaba que no era posible determinar la configuración del delito de lesiones culposas, entonces sí nos encontramos en presencia de la causal del artículo 34 del CPP referida.

[...] en punto a la imposibilidad de rendir los dictámenes médico-legales definitivos por no haberse dado de alta al ofendido o por ser impugnados cabe preguntarse: ¿hay alguna disposición constitucional o legal que indique, expresamente, que sin dictamen médico definitivo la acción penal no pueda ser promovida (iniciada) ni proseguida?. Es cierto que en ciertos casos-límite de ese dictamen puede depender la determinación de si la conducta es o no delito o cuál es el órgano competente para conocer de la causa (esto es, cuando no haya elementos para determinar si la lesión es superior a cinco

días –ley N° 8250- y es delito investigable por el Ministerio Público o es inferior a eso y es contravención). Pero, salvo en esos, en el resto de los casos el monto de la incapacidad no afecta la competencia y aunque sí puede afectar la correcta calificación legal es lo cierto que la acción penal sí puede proseguir inclusive efectuándose, en la audiencia preliminar, conciliaciones, suspensiones a prueba o hasta abreviados [...] (Resolución 1053-2007 del Tribunal de Casación Pena).

De esta forma, en una interpretación a contrario sensu, este alto tribunal acepta en su resolución que efectivamente es posible suspender el cómputo de la prescripción, de conformidad con el artículo 34, inciso a) del CPP, cuando no sea posible contar con el dictamen médico legal definitivo que permita determinar la magnitud de las lesiones cuando ello incida directamente en la tipicidad de la conducta. Esta interpretación resulta conforme al numeral 41 de la Constitución Política de repetida cita, puesto que permite tutelar los derechos de la víctima que accedió a la justicia y que ha colaborado en el proceso, escapando de sus posibilidades impulsar el proceso más allá de su asistencia a las valoraciones médico forenses, al tiempo que respeta los derechos de la persona imputada, quien tendrá un conocimiento claro de los hechos delictivos que eventualmente se le imputarían, lo cual le permitiría una mejor defensa de sus intereses.

De conformidad con lo expuesto, consideramos que lo procedente es una unificación de criterios con la finalidad de acatar el principio de seguridad jurídica, para que las personas denunciadas y las imputadas por una mala praxis médica sepan a qué atenerse. Como hemos señalado, abogamos porque tal unificación de criterios sea suspender el cómputo del plazo de la prescripción cuando no exista un dictamen médico definitivo que determine la magnitud del daño sufrido, por las mismas razones expuestas por la Sala Tercera y la última resolución del Tribunal de Casación Penal citada, pues esto constituye una imposibilidad absoluta para el ente acusador de resolver la situación jurídica de la persona imputada.

3. Propuestas de *legem refrenda* - Plazo de prescripción de las lesiones culposas

Con respecto al plazo de prescripción, específicamente para el caso de las lesiones culposas, está claro que el mismo es insuficiente para que el Ministerio Público investigue satisfactoriamente los hechos presuntamente constitutivos del delito de mala praxis médica. Por ello, sería recomendable que opere una reforma legislativa, la cual puede ir dirigida a la ampliación de la pena privativa de libertad contemplada para este delito, o bien, a un cambio en las reglas del cómputo de la prescripción.

En el primer supuesto, el aumento de dicha pena puede ser bajo cualquiera de las siguientes modalidades: la primera consiste en ampliar únicamente el tope máximo previsto en el numeral 128 del Código Penal por cinco años en vez de uno como está estipulado, plazo que consideramos lo suficientemente amplio como para finalizar exitosamente una investigación por mala praxis médica, sin que atente contra los derechos de la médica o del médico imputado.

Como segunda modalidad, consideramos que una pena más acorde con nuestra realidad social sería ampliar tanto el mínimo como el máximo de pena del artículo anteriormente indicado. Los altos índices de accidentes viales demuestran que el fin de la pena para este delito no ha sido interiorizado por nuestra ciudadanía, por lo cual aumentar la pena de prisión para el delito que nos ocupa podría alcanzar efectos positivos no solo con respecto a la mala praxis médica, sino también respecto a los accidentes viales. Con ello, a la vez, podría alcanzarse el fin de prevención general de la pena, ya que la pena actual resulta insignificante. De allí que la ciudadanía hace caso omiso de esta prohibición, ya que la pena no los disuade de cometer el delito.

Si bien es cierto mediante la Ley 8696 del 08 de diciembre de 2008, se reformó este artículo, añadiéndole dos párrafos con una penalidad de dos-seis años, y se aumentó, por consiguiente, el plazo de prescripción, también es cierto que con base en los principios de legalidad y tipicidad penal, dicha reforma solo podría aplicarse a los supuestos en los cuales concurren las circunstancias de conducción temeraria o bien de conducción bajo los efectos del alcohol. De esta manera, claramente el aumento de la pena solo aplica en casos de lesiones culposas en accidentes de tránsito dentro de los supuestos de la conducción temeraria, mas no en los supuestos de mala praxis médica ni tampoco en casos de accidentes de tránsito con gran cantidad de víctimas o con gravedad de lesiones en las víctimas en conductas tan peligrosas como virajes no permitidos o invasión de carriles contrarios que no calzarían dentro de los supuestos de la reforma indicada.

Por ello, esta reforma, si bien es un cambio importante en nuestro sistema penal, es insuficiente para paliar el corto plazo de tramitación de hasta tres años para los demás supuestos de lesiones culposas no comprendidos dentro de la conducción temeraria o bajo los efectos del alcohol.

Un segundo supuesto consiste en crear legislativamente una causal de suspensión de la prescripción para los casos de lesiones dolosas o culposas, lo cual claramente abarcaría los casos de mala praxis médica. Dicha causal consistiría en suspender el plazo de prescripción mientras no se cuente con un dictamen médico definitivo que establezca la magnitud del daño.

Consecuentemente, esta norma legal pondría fin a los cambios jurisprudenciales analizados *supra* que han existido en la materia. Esta reforma no resultaría violatoria al principio de igualdad, puesto que es competencia de la persona legisladora, al desarrollar la política criminal del Estado, definir las reglas de prescripción necesarias para regular el ámbito social, lo cual incluye crear reglas específicas si así lo consideran pertinente.

Así lo consideró la Sala Constitucional en el voto 6472-96, de las quince horas cuarenta y dos minutos del veintisiete de noviembre de mil novecientos noventa y seis, reiterado en el voto 4397-99 de las dieciséis horas con seis minutos del ocho de junio de mil novecientos noventa y nueve, en el cual indicó lo siguiente:

No está obligado el legislador, a optar por una única fórmula que se aplique a todos los delitos por igual, porque como se explicó supra, lo que pretende este instituto es regular de una forma razonable el tiempo prudencial que el legislador considera propio para el ejercicio de la acción penal en cierto tipo de delitos. (Resolución 6472-96 de la Sala Constitucional).

De todas formas, en dicho voto se aclara que no existe un derecho constitucional a la prescripción, ya que lo que debe ser tutelado es el derecho a la seguridad jurídica y a la legalidad. Dichos derechos no resultarían vulnerados por la creación de la causal de suspensión mencionada, ya que se trataría de una norma expresamente definida y limitada por la ley, así como razonable y proporcional. Recordemos que la prescripción lo que sanciona es la inactividad procesal y, en este caso, el Ministerio Público no está incumpliendo con su labor, sino que debe esperar que las personas peritas en la materia puedan rendir el dictamen médico definitivo para poder continuar con la misma.

Por estas razones aducidas, también sería válida la creación de un plazo de prescripción mayor para las lesiones culposas, sin variar la pena para las mismas. Este aumento del plazo de prescripción sería justificado en el sentido de que es necesario para una efectiva protección de los derechos de las personas ofendidas, a quienes el insuficiente plazo de prescripción actual se traduce, en la mayoría de los casos, en una denegación de la justicia. Lo anterior no resultaría en un agravio para la persona encartada, puesto que al tratarse de una

reforma legal que expresamente indicaría el plazo de prescripción al cual estaría sujeto el delito en cuestión, la seguridad jurídica se mantendría incólume.

Por cualquiera de estas dos vías, es decir, ampliar la pena en cualquiera de sus modalidades indicadas, o bien, crear reglas específicas de la prescripción de la acción penal para este delito, podría llegar a reducirse significativamente la cantidad de denuncias por mala práctica médica que no logran llegar a juicio o ni siquiera acusarse debido a que operó el fatal plazo de prescripción.

4. Conclusiones

De acuerdo con lo expuesto, resulta evidente que el plazo de prescripción de lesiones culposas por mala praxis médica es insuficiente, lo que redundaría en una denegación de justicia para la víctima. Para salvaguardar los derechos de las víctimas y que no transcurra el plazo de prescripción sin que se haya podido finalizar la investigación, es posible implementar cualquiera de las soluciones ya indicadas, y es preferible de todas ellas una reforma legal que contemple la causal de suspensión cuando no exista el dictamen médico legal definitivo, porque se necesita que transcurra un lapso determinado de tiempo para valorar la magnitud del daño en la persona ofendida. Consideramos que debe ser por reforma legal, puesto que por vía de interpretación jurisprudencial, las partes procesales estarán sujetas a las posibles variaciones de criterio, como en efecto han ocurrido.

No obstante, esta opción solo resultará beneficiosa para los casos en que el estancamiento de la investigación se deba a la espera del plazo para la rendición del dictamen referido. De allí que también resulta menester ampliar el plazo de prescripción para este delito por medio de una reforma legal específica, pues durante una investigación por mala práctica médica, existen otros obstáculos ya mencionados. Tal ampliación podría disminuir la cantidad de casos que no llegan a acusarse o, incluso, a condenarse debido a que operó el fatal plazo de prescripción.

Por otra parte, dado que el delito de mala praxis médica es cometido por profesionales de la salud en el ejercicio de su cargo, cuando laboran para la Caja Costarricense del Seguro Social (C.C.S.S.), tal delito se torna en funcional. En otras palabras, se convierte en un ilícito de naturaleza tal que no se comete por una persona cualquiera, sino por una que ha recibido una formación de las ciencias médicas y que es funcionaria pública.

La persona imputada en estos delitos se dedica habitualmente, cuando no de forma exclusiva, a la actividad por la cual se le sigue la investigación y en la cual presuntamente ha cometido la inobservancia al deber de cuidado que ha terminado en un resultado de lesiones.

En consecuencia, en esos casos resultaría aplicable el supuesto consignado en el numeral 34, inciso b) del CPP, el cual prevé la suspensión del plazo de prescripción en los casos en que el delito sea de índole funcional, y cuando la persona imputada se mantenga en el ejercicio de su cargo como funcionaria pública y no se le haya iniciado el proceso.

Incluso la Sala Tercera (resolución 127-2000) se ha pronunciado en cuanto al carácter de funcionarios públicos que ostentan las médicas y los médicos que laboran para la C.C.S.S., por lo que resulta coherente que dicha causal de suspensión de la prescripción opere para estos casos de mala praxis médica.

De esta manera, si la persona ofendida de una mala praxis médica denuncia tiempo después de acaecidos los hechos presuntamente delictivos, durante el transcurso de ese tiempo no se computará plazo de prescripción alguno, siempre que el médico o la médica continúe ejerciendo su profesión en la institución

estatal correspondiente. Con esto se solventa parcialmente el problema de estudio en el presente artículo, en cuanto al insuficiente plazo de prescripción para las lesiones culposas.

Claramente esto no puede hacerse extensivo a los y las profesionales en salud particulares, quienes a pesar de cometer el delito en el ejercicio de funciones propias de su cargo, al no ostentar la calidad de funcionarios públicos, no se encuentran cubiertos por el ámbito de aplicación del inciso de comentario.

Sin embargo, esta distinción que hace nuestra ley procesal se traduce en una desigualdad entre médicas y médicos públicos y particulares, ya que los segundos también cometen el delito que nos ocupa en el ejercicio de su cargo como profesionales de la salud. La razón de ser de esta causal de suspensión de la prescripción de la acción penal mientras la persona funcionaria pública está en ejercicio de su cargo radica en que cometió el delito precisamente por ejercer tales funciones y, por ello, se suspende la prescripción para evitar posibles interferencias del funcionario o de la funcionaria durante la investigación para que se inicie la persecución del delito.

En el caso del ejercicio de la medicina, lo anterior ocurre tanto para el médico y la médica de la C.C.S.S. como para un o una profesional en salud con consulta privada, pues ambos cometen el delito de mala praxis en el ejercicio de su función como médicos.

De ahí que podría pensarse en una reforma legal para aplicar la suspensión de la prescripción también para un médico o una médica particular, quien ostenta la misma relación de poder sobre la persona ofendida que una médica o un médico que a la vez sea una persona funcionaria pública. Claramente la interferencia u obstaculización para evitar que se inicie la persecución penal es factible por parte de un médico o una médica particular, quien inclusive carece de los controles y vigilancias que se supone que existen en los centros hospitalarios de seguridad social.

Es necesario solventar los obstáculos que dificultan la emisión del dictamen médico legal definitivo en el ilícito que nos ocupa, no solo por las consecuencias sociales que implica que cualquier ilícito penal quede impune, sino también por el vínculo de confianza que se establece entre el o la paciente y la médica o el médico, y por la relación de poder del último sobre el primero, lo cual agrava la denegación de justicia para una víctima que puso su plena confianza en el sujeto activo del delito y que le ocasionó el resultado dañino en su integridad física.

En nuestro criterio, resulta necesario, en primer lugar, que se le dé mayor importancia al tema en cuestión, ya que por el momento no ha sido estudiado ni compilado, lo que dificulta aún más el esclarecimiento de las dificultades particulares que circundan este ilícito, así como la búsqueda de soluciones para las mismas, a lo cual pretendemos abocarnos en artículos posteriores.

Bibliografía

Arrieta Quesada, L. (1999) Mal praxis médica. Medicina legal de Costa Rica. Scientific Electronic Library Online.<<http://www.scielo.sa.cr>> [Consulta: 18 de marzo de 2006]

Cordero Iannarella, Á. (1996). Malpraxis en ciencias médicas. San José, Costa Rica: Universidad Autónoma de Centroamérica.

Creus, C. (1997). Derecho penal: parte especial. Argentina: Astrea.

Chirino Sánchez A. (2005). Recientes transformaciones de la jurisprudencia de delitos culposos en Costa Rica.

Ciclo de videoconferencias sobre Derecho Penal. San José, Costa Rica: Auditorio Miguel Blanco, Corte Suprema de Justicia. 11 de noviembre de 2005.

Harbottle Chinchilla R. y Pinchanski Binderoski G. (2006). La peritación médica en los casos de responsabilidad del profesional en medicina. Revista Ivstitia. XX: 232-233.

Llobet Rodríguez, J. (1999). Delitos en contra de la vida y la integridad corporal: derecho penal, parte especial I. San José, Costa Rica: Ediciones Jurídicas Areté.

_____. (2001). Proceso penal en la jurisprudencia, Tomo I. San José, Costa Rica: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico de San José.

_____. (2006). Proceso penal comentado. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Miranda Estrampes, M. (1997). La mínima actividad probatoria en el proceso penal. Barcelona: J.M. Bosch Editor.

Quintana Rodríguez, R. y Salazar Ureña, B. L. 1993-1994. La mala praxis: responsabilidad penal del profesional en medicina. Medicina Legal de Costa Rica. II (1): 30-33.

Terragni, M. A. (1998). El delito culposo. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.

Yungano A., Ricardo et ál. (1982). Responsabilidad profesional de los médicos. Cuestiones civiles, penales, médico – legales, deontológicas. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad.

Zúñiga Morales, U. (2007). Código Penal. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Jurisprudencia

1) Resoluciones de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia:

a) Resolución 6472-96 de las quince horas cuarenta y dos minutos del veintisiete de noviembre de mil novecientos noventa y seis.

2) Resoluciones de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:

a) Resolución 2002-446 de las diez horas once minutos del diecisiete de mayo de dos mil dos.

b) Resolución 2004-1195 de las diez horas treinta minutos del ocho de octubre de dos mil cuatro.

c) Resolución 858-2005 de las nueve horas treinta minutos del cinco de agosto de dos mil cinco.

3) Resoluciones del Tribunal de Casación Penal:

a) Resolución 375-2003 de las ocho horas con quince minutos del siete de mayo de dos mil tres.

- b) Resolución 2000-436 del dos de junio de dos mil.
- c) Resolución 2001-370 del dieciocho de mayo de dos mil uno.
- d) Resolución 2001-423 de las diez horas del primero de junio de dos mil uno.
- e) Resolución 2001-471 de las nueve horas veinticinco minutos del veintinueve de junio de dos mil uno.
- f) Resolución 2001-193 del dos de marzo de dos mil uno.
- g) Resolución 2001-432 de las catorce horas con treinta y un minutos del primero de junio de dos mil uno.
- h) Resolución 2001-483 de las diez horas con veinticinco minutos del veintinueve de junio de dos mil uno.
- i) Resolución 2001-1058 de las nueve horas cincuenta minutos del veintiuno de diciembre de dos mil uno.
- j) Resolución 2002-219 de las once horas quince minutos del ocho de marzo de dos mil dos.
- k) Resolución 2002-258 de las once horas cincuenta y cinco minutos del veintidós de marzo de dos mil dos.
- l) Resolución 2002-396 de las diez horas cuarenta minutos del veinticuatro de mayo de dos mil dos.
- m) Resolución 2002-478 de las diez horas treinta minutos del primero de julio de dos mil dos.
- n) Resolución 2002-531 de las dieciséis horas con cinco minutos del doce de julio de dos mil dos.
- o) Resolución 2004-113 de las once horas cuarenta y cinco minutos del doce de febrero de dos mil cuatro.
- p) Resolución 2005-189 de las quince horas treinta minutos del quince de marzo de dos mil cinco.
- q) Resolución 2000-554 del dieciocho de julio del dos mil.
- r) Resolución 2001-875 de las quince horas treinta y cinco minutos del dos de noviembre de dos mil uno.
- s) Resolución 2005-643 de las dieciséis horas con treinta minutos del siete de julio de dos mil cinco.
- t) Resolución 2005-1226 de las ocho horas con treinta y cinco minutos del veinticuatro de noviembre de dos mil cinco.
- u) Resolución 2006-79 de las nueve horas con cincuenta y dos minutos del nueve de febrero de dos mil seis.
- v) Resolución 2006-252 de las quince horas con cinco minutos del veintidós de marzo de dos mil seis.
- w) Resolución 2005-869 de las ocho horas con treinta minutos del ocho de septiembre de dos mil cinco.
- x) Resolución 2007-1053 de las once horas con treinta minutos del veinte de septiembre de dos mil siete.
- y) Resolución 2005-873 de las ocho horas con cincuenta minutos del ocho de septiembre de dos mil cinco.
- z) Resolución 405-98 de las quince horas del once de junio de mil novecientos noventa y ocho. Apreciaciones históricas de la percepción del loco y la situación

Procesal penal actual del inimputable: el estancamiento histórico en el proceso de imposición y ejecución de medidas de seguridad

Norberto E. Garay Boza¹

*Las tardecitas de Buenos Aires tienen ese qué sé yo, ¿viste? Salís de tu casa, por Arenales. Lo de siempre: en la calle y en vos. . . Cuando, de repente, de atrás de un árbol, me aparezco yo. Mezcla rara de penúltimo linyera y de primer polizonte en el viaje a Venus: medio melón en la cabeza, las rayas de la camisa pintadas en la piel, dos medias suelas clavadas en los pies, y una banderita de taxi libre levantada en cada mano. ¡Te reís!... Pero sólo vos me ves: porque los maniquíes me guiñan; los semáforos me dan tres luces celestes, y las naranjas del frutero de la esquina me tiran azahares. ¡Vení!, que así, medio bailando y medio volando, me saco el melón para saludarte, te regalo una banderita, y te digo...
En Balada para un loco*

por Horacio Ferrer

Resumen

El actual proceso especial para imposición de medidas de seguridad permite la posibilidad de que se enjuicie a la persona inimputable en ausencia, situación procesal similar a los juicios criminales con reo ausente estipulada en el Código de Carrillo en 1841. Esta semejanza histórica ha sido posible en virtud de la construcción discursiva de la noción de inimputabilidad, ligada a la percepción de este sujeto como peligroso, lo cual ha conllevado también que, en la ejecución de las medidas de seguridad, se haya dejado de lado su función curativa, concentrándose en su cualidad de encierro, condición agravada por la posibilidad de la indeterminación temporal práctica de estas y la ausencia de los beneficios de ejecución de la pena por su naturaleza no punitiva.

1 Licenciado en Derecho UCR, máster en Criminología UNED, doctorando del Doctorado en Estudios de la Sociedad y la Cultura UCR, ex letrado de la Sala Constitucional y de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Costa Rica, defensor público del Poder Judicial.

Introducción

En nuestro país, en el Código General de Carrillo, cuya vigencia dató desde 1841, destacó la rigidez en cuanto a la punición de los delitos. Su sistema procesal presenta varias diferencias en relación con el proceso penal actual, en este sentido, a partir de su artículo 950 reguló el modo de proceder en los *juicios criminales* con reo ausente, caracterizado por permitir la posibilidad de que una persona fuera juzgada en ausencia representada por su defensor.

Más de siglo y medio después, en nuestro país se aprobó la Ley Número 7594, el Código Procesal Penal que, a partir del numeral 388, normativiza las particularidades del proceso para la imposición de medidas de seguridad estipuladas en el artículo 101 del Código Penal, tal como el internamiento en un hospital psiquiátrico.

Ambos procesos, el estipulado para juzgar a una persona imputada ausente en el Código de Carrillo y el especial para ordenar el internamiento de una persona inimputable en un hospital psiquiátrico presentan semejanzas, pese a las diferencias de contextos y los progresos en garantías procesales. Esto plantea una pregunta: ¿el proceso especial para imponer medidas de seguridad actual es equivalente histórico al estipulado en el Código General de Carrillo para juzgar a reos ausentes? De ser así, ¿por cuáles motivos históricos esta situación ha sido posible? ¿Cuáles problemas procesales se plantearían? ¿Cuál sería su incidencia en la concepción de las medidas de seguridad?

Este texto pretende dar respuesta a estas interrogantes, para ello se realizarán análisis de documentos y situaciones históricas con la intención de recordarnos y aproximarnos a la propuesta práctica de la teoría de la conspiración que atribuye a las miras conscientes y las estrategias coordinadas de un grupo [...] el producto de mecanismos y encadenamientos institucionales que nadie, por poderoso que sea, controla. (Wacquant, L., 2004. p.23)

Desde esta óptica, deberá considerarse que aquellos autores y organismos cuyas propuestas y actividades se analizan, en realidad son el sistema de fuerzas materiales y simbólicas que los atraviesan y superan. (Wacquant, L., 2004, p. 24).

Este tipo de análisis para el tema propuesto se planteará en cuatro apartados. El primero, se referirá al proceso que durante la vigencia del Código de Carrillo se utilizó para juzgar a reos ausentes; en el segundo, se realizará un estudio histórico, en diversos ámbitos, de la concepción del loco como mayor exponente de la persona inimputable; en tercer lugar, se estudiará cómo esta concepción se ha desarrollado en nuestro país y cuál ha sido su incidencia en la situación actual de la persona inimputable al ser juzgada penalmente y, por último, se planteará un estudio crítico de la noción vigente de la persona inimputable concomitantemente con una propuesta para el problema planteado.

“De los juicios criminales con reo ausente”

Braulio Carrillo, ex mandatario de nuestro país, gobernó primero en el período de 1835 a 1837 y luego de 1838 a 1842. Su administración, en particular la realizada en su segundo gobierno, en gran parte tuvo la función de reprimir a la plebe, por medio de leyes y demás disposiciones de carácter represivo a la individualidad considerada amoral. En este sentido, se ha considerado que a Carrillo

No le bastó golpear ese flanco de la cultura plebeya, la cual en plena vida republicana seguía manifestaciones con las reglas sociales de la colonia, sino que la ataca por otros sectores, incluso "prohibió las ventas callejeras y, en general, la apertura de almacenes para quienes no tuvieran un capital de trabajo de por lo menos 10 mil pesos..." La cita es importante no solo por la información económica, sino, también por las implicaciones sociales, dado que las ventas callejeras eran, evidentemente, administradas por personas de escasos recursos económicos, que se veían afectadas por las decisiones políticas de Carrillo, cuyo único afán era limpiar el camino de obstáculos que retardaban el desarrollo del capitalismo agrario. (Calderón Hernández, M., 1999, p. 201).

Este detalle, sus ansias de cambio en los paradigmas de la cultura y la economía, aun con un costo de oportunidad de estas magnitudes, es un síntoma también de lo que caracterizó la tendencia normativa en materia criminal que impuso Carrillo en su segundo mandato.

Durante el gobierno de facto de Braulio Carrillo, que abarcó de 1838 a 1842, el 30 de julio de 1841, se aprobó el Código General de la República de Costa Rica, el cual estaba dividido en tres secciones. La primera, concerniente a la parte civil, la segunda a la penal y la tercera, a los procedimientos. En septiembre de 1858, Rafael Ramírez, en una Advertencia realizada a este código, indicó que

Cabe al pequeño Estado de Costa Rica (mi cara patria) la honra de haber adoptado prontamente, con el buen sentido práctico, progresivo y conservador que lo distingue, la resolución de llevar adelante esta ardua empresa; y á su Gefe -sic- Don Braulio Carrillo la gloria de haberla cumplido felizmente, emitiendo, en uso el presente Código General de Costa-Rica en 30 de Julio de 1841. (Ramírez, R, 1858, p. I).

Este texto legal, leviatánico en cuanto a sus alcances normativos y práctico-punitivos, en su libro III, título V, referente a los procedimientos en materia criminal, regulaba lo referente a los juicios con reo ausente. De tal manera, a partir del artículo 950, se disponía una serie de reglas que indicaban cómo proceder en los casos en que la persona procesada penalmente debía ser juzgada cuando no fuera hallada, es decir, debía ser juzgada en ausencia, permitiendo inclusive la posibilidad de que existiera en su contra una sentencia condenatoria sin que se le concediera el derecho a lo que hoy llamamos la defensa material.

En este sentido, luego el artículo 958 disponía que "Si el juicio fuere sumario, el juez pronunciará la sentencia, oyendo previamente al defensor". (Código General de la República de Costa Rica (1841)... Libro III, Título V, artículo 958). Asimismo, refería que en caso de que fuera un caso que ameritara un juicio ordinario "[...] el Juez llamará a los testigos para la ratificación y demás diligencias del plenario, el cual tendrá lugar con los mismos trámites y formas para el juicio ordinario con reo presente, con asistencia del acusador ó del fiscal si los hubiesen, y del defensor del reo". (Código General de la República de Costa Rica (1841)... Libro III, Título V, artículo 959).

Este tipo de proceder, en la actualidad, sería ilegítimo, pues existe la máxima de que nadie puede ser juzgado en ausencia, máxima intrínseca a la concepción del debido proceso, y se estima que

[...]Frente al poderío del Estado, capaz de encarcelar por largo espacio de tiempo a las personas que habitan en éste, deben establecerse mecanismo de garantía de que se respetará el debido proceso cuando se disponga el encarcelamiento, ya sea preventivo o en cumplimiento de una pena privativa de libertad. Lo mismo debe decirse con respecto a otras medidas coercitivas y penas. (Llobet, Rodríguez, 2005. p. 272).

En los supuestos de que la persona imputada no se apersona, la tramitación del expediente –en particular lo atinente al juicio– deberá suspenderse hasta que esta aparezca.

La postura procesal mantenida en el extremo de la ausencia de la persona imputada, regulada así en el Código de Carrillo, sería intolerable en la actualidad, ya que atentaría contra el debido proceso, en tanto no se le permitiría a la persona imputada participar en el proceso ejerciendo activamente su defensa y realizando un uso efectivo de su derecho de audiencia, el cual

[...]Es el derecho del imputado y su defensor de intervenir en el proceso y, particularmente, de hacerse oír por el juez, de traer al proceso toda prueba que consideren oportuna para respaldar su defensa, de controlar la actividad de la parte o partes contrarias, y de combatir sus argumentos y las pruebas de cargo. (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Voto 1739-1992 de las 11:45 del 01 de julio de 1992).

Este extremo jurisprudencial, orientador de los procesos a nivel nacional, tutela parte del debido proceso que contiene una serie de máximas que se deben seguir al juzgar a una persona. Sin embargo, hay un punto de quiebra, una excepción, regulado a partir del artículo 388 del Código Procesal Penal, el cual permite la posibilidad en la actualidad de juzgar en ausencia. Este proceso especial necesariamente se adscribió a un contexto histórico, un producto de la percepción de los supuestos de la inimputabilidad, y es aquí de especial interés lo referente a la percepción de la locura.

Pareciera que este tipo de proceso se orienta hacia el juzgamiento más que al proceso para juzgar, lo cual, analizado en relación con la forma de los castigos, podría estimarse como la tendencia al castigo y no al proceso ni a sus garantías.

Al despojar al otro de un debido proceso, necesariamente se le priva de la posibilidad de decir algo a su favor. En este sentido, este tipo de procesos creaba un “otro” redefinido, cuya significación básicamente podría plantearse en los siguientes términos: el reo ausente es aquel propio de proceso para ser castigado y no para demostrar su inocencia. Así, la resignificación de la persona imputada como reo o reo ausente crea un mito de un proceso con respeto al derecho de defensa. Recordemos que la o el ausente estaba “representado” por su abogado defensor, cuando en realidad lo que se podía obtener era una justificación del castigo, lo cual, como se verá luego, era simple y sencillamente una posición ideológica.

La parte procesal de este código fue derogada en 1906 por el Código de Procedimientos Penales de Costa Rica. Lo que implica que estas normas rigieron durante más de seis décadas en nuestro país, hasta inicios del siglo XX. Sin embargo, hubo un eslabón sobreviviente, vivido en su cuerpo por la persona inimputable, cuya significación procesal se rezagó. El juzgamiento de la persona inimputable, desde entonces hasta la actualidad, dejó tanta cabida para su defensa como la fantasía la dejó a la realidad del Quijote, y si fuera necesario corregir esto, resultaría imperativo hallar los motivos por los que fue posible.

La mayor persona representante del o de la inimputable ha sido el loco, por lo que es necesario desflorar su concepción histórica, para así entender su situación procesal penal actual. Por ello este estudio se abocará principalmente a lo que en sentido amplio se podría denominar como el sujeto loco/peligroso.

II. La percepción del loco: aproximación histórica a la elaboración del sujeto inimputable

La locura, ante todo, se percibe como peligro, no se percibe desde la tranquilidad de la contemplación budista,

sino desde el frenesí de quien huye de un tsunami. Su inscripción en el imaginario social ha sido fuertemente mediada por el saber psiquiátrico, al que se le debe en gran parte la noción que se tenga de la demencia. En este sentido, Foucault indicó que

[...] la psiquiatría, por un lado, hizo funcionar toda una parte de la higiene pública como medicina y, por el otro, hizo funcionar el saber, la prevención y la curación eventual de la enfermedad mental como precaución, absolutamente necesaria si se querían evitar cierta cantidad de peligros fundamentales y ligados a la existencia misma de la locura. (Foucault, 2000, p. 116).

Tanto la función de higiene pública como la del sujeto peligroso están inscritas en la historia de la locura de nuestro país, aspectos que serán notados en cada etapa, independientemente que se trate del loco o de la persona inimputable.

En el Código de Carrillo, en su numeral 13, referente a las circunstancias que destruyen la criminalidad ó culpabilidad de un acto, se estipulaba que

[...] Son circunstancias que destruyen el delito ó culpa, las que eximen á sus autores, cómplices, auxiliares o fautores, receptadores ó encubridores de toda responsabilidad penal y satisfactoria. Tales son, además de las que expresa la ley en los casos respectivos, las siguientes [...] 2ª cometerlo en estado de demencia [...] 7ª cometerlo dormido ó en estado de delirio, ó privado del uso de su razón de cualquiera otra manera independiente de su voluntad [...]. (Código General de la República de Costa Rica (1841)... Libro II, Título I, Capítulo III, artículo 959).

Este sujeto del derecho, este sujeto normado y construido desde la ley, es esencialmente el inimputable, el que comete un delito sin razón, dejando así de ser sujeto del suplicio impuesto por el sistema judicial².

En el Código de Carrillo, el inimputable era considerado como un sujeto al que no se le podía reprochar su conducta. Sin embargo, no se disponía sobre él alguna reacción que tendiera a administrar su cuerpo, como lo sería la aplicación de las medidas de seguridad, o más específicamente, lo que históricamente han implicado estas medidas, especialmente las de internamiento en un nosocomio psiquiátrico.

En la parte de derecho penal sustantivo, en 1880 entró en vigencia un nuevo Código Penal que, en su artículo 10, eximía de responsabilidad penal al loco o demente que no haya obrado en un intervalo lúcido y a quien por cualquier causa independiente de su voluntad, se hallara privado totalmente de razón. (*Código Penal de 1880*, artículo 10).

2. En relación con el tema de los crímenes sin razón y su importancia tanto para la psiquiatría como para el derecho penal, Foucault ha indicado que "[...] estos tipos de accionar son los que van a plantear un problema a la psiquiatría criminal. Y cuando digo plantear un problema a la psiquiatría criminal, no creo que mi expresión sea exacta. En realidad, esto no plantea un problema; son los casos constituyentes de la psiquiatría criminal o, mejor, el terreno a partir del cual la psiquiatría criminal podrá constituirse como tal. Alrededor de ellos vamos a ver desarrollarse a la vez el escándalo y la turbación. Y también en torno de ellos se desarrollarán toda una serie de operaciones, de una a otra parte de esos actos enigmáticos; operaciones de las cuales algunas, más bien procedentes, en general, de la acusación y la mecánica judicial, van a tratar de enmascarar, en cierto modo, la ausencia de razón del crimen para descubrir o afirmar la razón, el estado de razón del criminal y: por el otro lado, todas las operaciones de la defensa y la psiquiatría, para hacer que esa ausencia de razón, de interés, funciones como punto de anclaje para la intervención psiquiátrica". (Foucault, 2000. pp. 110-111).

En ambos casos, tanto en el Código de 1841 como en el de 1880, lo que se da es una normativización de la locura que es de interés para el derecho penal, se sustantiviza a la persona inimputable, sin que exista algún plus sobre la concepción de su subjetividad.

No obstante, en el Código de 1880, sí se estipulaba algo muy cercano a lo que hoy se denomina una medida de seguridad de internamiento en un hospital psiquiátrico, cuya importancia histórica radica en que antecede a la construcción misma del primer asilo para locos de nuestro país, dispuesta cinco años después de su promulgación³.

Este avance en el derecho penal sustantivo en relación con los y las dementes que cometen conductas criminales, en el sentido de que se comienza a dar una preocupación normativa en relación con la administración de los cuerpos de estos sujetos, coincide con la disposición política de crear precisamente un nosocomio para locos. En este sentido, en 1885, bajo el gobierno del presidente constitucional y general en jefe del Ejército, Bernardo Soto, se dictó el Decreto XXXVI, en el cual se agregó un elemento esencial al sujeto considerado demente, al menos a quien ocasionaba un problema de higiene pública, siendo este el **loco pobre**. De tal manera se indicó:

Que el grado de cultura que ha alcanzado la República reclama la fundación de un asilo nacional de locos, que a la mayor brevedad posible, proporcione abrigo y asistencia a los dementes pobres y muy especialmente a los que vagan por los caminos sin protección de ningún género, y con peligro para la tranquilidad de los habitantes. (Archivo Nacional de Costa Rica, Decreto XXXVI, 29 de abril de 1885, Serie Leyes y Decretos).

Este decreto formaliza la noción de higiene pública de la labor psiquiátrica y agrega un elemento de interés en relación con el sujeto que le interesa dominar, no se trata solo del loco, sino del loco pobre, es decir, de la persona demente que no produce, que no colabora al enriquecimiento del país ni al de su familia, ni mucho menos al propio. Esto queda confirmado en artículo 1, en el que ordenaba lo siguiente: **“Art. 1. Fúndase un Hospicio Nacional de Locos en esta capital, en donde serán recogidos los dementes pobres de toda la República, nacionales o extranjeros”**. (Archivo Nacional de Costa Rica, Decreto XXXVI, 29 de abril de 1885, Serie Leyes y Decretos).

Esta tendencia de dominación a la persona pobre que les restaba la tranquilidad a los y las habitantes “normales” no se trataba de una casualidad o una ilación retórica de este decreto; por el contrario, respondía a una concepción ideológica previa, cuya base fue documentada en el ya citado Código Penal de 1880, en tanto, se excusaba al loco que cometía un crimen no solo de la responsabilidad penal, sino también de tener que ser internado en un nosocomio especial, pero esto solo se podía dar cuando era “[...] entregado a su familia bajo fianza de custodia, y mientras no se preste dicha fianza se observará lo dispuesto en el inciso anterior”. (Código Penal de 1880 (1914)... artículo 10).

Lo anterior implicaba que el sometimiento de una persona que cometiera un crimen con ocasión de su locura dependería únicamente de la posibilidad de que su familia dispusiera del dinero para pagar una fianza o no,

3. En el caso del Código Penal del 1880, se estipulaba que “Cuando un loco o demente hubiere cometido un hecho que la ley califica de crimen o incurriere en reiteración de otros que importen simples delitos, el tribunal decretará su reclusión en uno de los establecimientos destinados a los enfermos de aquella clase, del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo tribunal”. Así en Código Penal de 1880 (1914)... artículo 10.

por lo cual, este internamiento no tenía un fin terapéutico, pues podía ser evadido por un pago, ya que si alguien no disponía del dinero necesario, sería mantenido internado por su pobreza.

El elemento de la pobreza del loco era considerado un problema, lo que para finales del siglo XIX implicó que se les recluyera en un centro especial. Es precisamente este factor el que después fue empleado para erigir un concepto de normalidad y cura en Costa Rica, bajo el pretexto del trabajo como terapia, lucrando así con la mano de obra de los locos, situación que se expondrá luego.

Cinco años después de dictado el Decreto XXXVI, se tornó efectiva su disposición, pues el Hospicio para Locos “[...] fue inaugurado el 4 de marzo de 1890 [...] En 1891-un año después de su fundación- fueron asistidos en el Asilo 158 enfermos (102 hombres y 56 mujeres)”. (La Nación, sábado 14 de septiembre de 1974, Hospital Nacional Psiquiátrico y su historia. Costa Rica: p. 23 B).

En este momento histórico, la tendencia asilar se vislumbraba principalmente por medio del encierro del loco, situación que coincide con la noción fundadora del hospicio, encargado ahora de la higiene pública, de esta forma, “[...] Era un hospital cerrado con férrea disciplina, aunque tenía terapias ocupacionales y de juego y los enfermos trabajan en huertas de hortalizas”. (Jaramillo Antillón, J., 2005, p. 145).

La importancia de este inicio de la historia asilar costarricense radica en que los locos –sin diferenciar a las personas inimputables de los y las demás dementes- eran considerados peligrosos, por lo cual privaba el encierro de sus cuerpos, aunque discursivamente podría haberse indicado alguna función terapéutica, lo cierto es que los datos históricos dejan ver que la función de higiene pública de la psiquiatría sobre los cuerpos de los y las dementes –especialmente las personas pobres-, resultaba primordial y, en virtud de ello, –a diferencia de la actualidad- el hospital debía ser cerrado y no debía mantener una tendencia de puertas abiertas. Mientras tanto, la significación normativa dada a la persona inimputable mantenía la misma noción sustancial en el Código Penal de 1924, el cual, en su artículo 32, eximía de responsabilidad penal al loco o demente. (Código Penal de la República de Costa Rica, 1924, artículo 32) así, cuando

Los jueces y tribunales declaren la irresponsabilidad de un procesado por causa de locura, ordenarán su reclusión en un manicomio, del cual no podrá salir, sino por resolución judicial, previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo cause daño... A falta de casa de locos, el tribunal proveerá lo conveniente para la guarda del insano. (Código Penal de la República de Costa Rica, 1924, artículo 36).

La manera en cómo se regulaba la situación de la persona inimputable en 1924 mantenía vigente la noción de peligrosidad del sujeto y la aprehensión de su cuerpo en un centro para personas insanas, no derivando de la norma finalidad en cuanto al tratamiento de su enfermedad mental, sino la anulación social del sujeto por medio de su reclusión.

En este sentido, hasta esta época, la figura del loco/inimputable era percibida desde la discriminación bicéfala de la pobreza y la peligrosidad, por lo cual, no resulta arriesgada la afirmación de que su concepción tendía, más que a un tema de salud del y de la paciente, al de la higiene pública para no tener que lidiar con el sujeto anormal, objetivo logrado únicamente mediante el encierro de la persona demente.

Esta concepción de la persona inimputable se mantuvo en el Código Penal de 1941, cuya situación normativa estaba reglada sustancialmente en los artículos 25, 111 y siguientes de dicho cuerpo legal. (*Código Penal y Código de Policía, 1941*, artículos 25, 111, 112 y 113).

Sin embargo, para incrementar la concepción de sujeto peligroso de la persona enajenada mental, este código preveía que “[...] también podrán los jueces ordenar que se interne, si lo encuentran peligroso, al infractor, después de haber cumplido la pena reducida por anomalía mental que no resulta enajenación completa”. (Carrillo Chaves, 1986, p. 6), lo cual deja ver que la peligrosidad del sujeto era estimada como punto medular para tratar al individuo próximo a la locura, hasta el punto de que aun después de descontada la pena, el juez la podría incrementar el tiempo de reclusión, pero ahora en un manicomio, detalle histórico del que deriva una situación de familiaridad entre la cárcel y el asilo psiquiátrico, sea este el encierro como anulación del sujeto.

La discriminación realizada al loco pobre, presente en los motivos fundadores del Asilo Nacional de Locos, se mantuvo aun durante el siglo XX, creando inclusive una diferenciación socio-económica entre los y las pacientes, ya que el mismo Decreto XXXVI había permitido que se recluyeran a locos no pobres; pero como esto iba contra la naturaleza original de la creación del Hospicio para Locos, a aquellas personas cuyas familias tuvieran la posibilidad económica de pagar, se les cobraría⁴, de tal manera:

[...] En el Chapuí era requisito que las personas aportaran al momento de su ingreso algún documento que diese cuenta de su condición de pobre. Los expedientes psiquiátricos de la primera mitad del siglo XX tienen en la parte superior una casilla que dice pobre, seguida por un signo de interrogación. Era un dato muy importante... Para quienes no eran pobres, tanto en el caso del Chapuí como en el San Juan, la oposición era la pensión. Ello daba acceso a una estancia más cómoda, con mejores alimentos y a veces con un cuidado médico particular. Los nacionales pudientes y los extranjeros, tenían que pagar por esta atención. Con la distinción entre salón general y pensión, los dos tenían que pagar por esta atención. Con la distinción entre el salón general y pensión, los dos hospitales registraban y reproducían una sociedad diferenciada (Solís Avendaño, 2006, p. 119).

4. En el artículo 5 del Decreto XXXVI de 1885, se disponía que “Art. 5^a- Los dementes cuya pobreza no se pruebe, sólo podrán tener cabida en el asilo, si sus parientes ó guardadores se obligan á pagar la pensión que se establezca en los reglamentos.” Archivo Nacional de Costa Rica, Decreto XXXVI, 29 de abril de 1885, Serie Leyes y Decretos.

Pareciera que en gran parte de la primera mitad del siglo XX, la percepción del loco, del sujeto de dominio psiquiátrico, estaba mediada por su pertenencia a algún estrato socioeconómico, e inclusive la calidad de su “tratamiento” estaría mediada por esta pertenencia. La percepción de la locura en esta etapa de la historia asilar costarricense había trascendido las paredes del manicomio e incidió inclusive en cómo los y las demás profesionales de la medicina percibían a los psiquiatras. En este sentido, (Solís Avendaño, 2006, p. 125).

Además, en 1957, la Junta de Protección Social emitió un informe en lo atinente al Chapuí y sugirió que parte de los problemas de esa institución se debía a que sus doctores habían abierto una clínica particular, desatendiendo sus deberes institucionales⁵.

Hacia 1959, el Dr. Gonzalo Adis Castro, jefe del Departamento de Psicología del Hospital Neuropsiquiátrico Chapuí, confeccionó un *Manual Práctico de Observación Psiquiátrica*, (Adis Castro, G., 1959), en cuya sección B se realizó un Glosario cuya particularidad radicaba en que no definía, sino que preguntaba, con el objetivo de que fuera utilizado por el personal auxiliar del psiquiatra para ejercer sus labores.

El problema de este método radicaba tanto en la sugestión de las preguntas como en la persona destinataria, pues esta no era el paciente, sino el personal auxiliar propiamente dicho, lo que implicó que se le restara actuación o injerencia sobre su situación al loco, ampliando el espectro de poder hermenéutico de la persona funcionaria sobre el o la demente⁶.

Desde esta perspectiva, la percepción del loco se definía por su imposibilidad para participar activamente en la dinámica asilar; es decir, se le resta el carácter de agente y se convertía en un objeto de estudio, progresivamente perdía su calidad de sujeto y, donde no hay sujeto, los derechos individuales se difuminan como el agua en el desierto.

5. Al respecto, en 1957, los doctores Alberto Ortiz, Fernando Zepeda, Gonzalo González y Gonzalo Arias publicaron una nota en el siguiente sentido: “Sr. Director del DIARIO DE COSTA RICA Distinguido Señor Director: Va esta pequeña nota dirigida a Ud. y al paciente y al buen lector que leyó el informe presentado por el Presidente de la Junta de Protección Social y que fue publicado por este prestigioso diario. Una querida persona nos hizo leer la sección dedicada en ese informe al Asilo Chapuí y parece desprenderse de la lectura de la misma que gran parte de los graves problemas que afronta el Asilo Chapuí se deben a la creación de una Clínica particular por médicos que traban en esa Institución. Ver así las cosas implica, no conocer los verdaderos problemas que ha afrontado y afronta el Asilo Chapuí o la simple ocurrencia de maltratar y herir la honra ajena. No ha de tratarse así con tanta ligereza todo aquello que implica un esfuerzo personal, riesgo económico, honestidad de acción y recto proceder y menos insinuar que los médicos que tenemos la “Clínica Salud” no cumplimos con nuestras obligaciones en la Institución [...] No se nos ocurriría pensar que el Sr. Director del Hospital San Juan de Dios se le ocurriese achacar, si los hubiese, los problemas de la Maternidad de esa Institución a la creación de la Clínica Mater por el esfuerzo personal y permitido de los doctores Marino Urpí y Máximo Terán”.

Diario de Costa Rica (domingo 16 de junio de 1957). Bien sabe la Junta que gran parte de problemas que confronta el Chapuí debense a muchas otras causas. Costa Rica: p. 1.

6. Un ejemplo de esto se halla en la formulación que el Glosario provee para la definición del comportamiento antisocial, y estas son las siguientes: “¿Es la conducta del paciente contraria a las normas sociales? ¿Está el comportamiento del paciente en conflicto con las normas y valores de su sociedad? ¿El paciente, no parece beneficiarse de la experiencia ni modificar su comportamiento con el castigo? (Psicopatía)”. (Adis Castro, G., 1959, p. 31).

Entrados en el decenio de 1960, se gesta con mayor fuerza la construcción de un nuevo edificio para el Hospital Psiquiátrico Manuel Antonio Chapuí⁷, cuyo diseño arquitectónico responde a una corriente ideológica distinta, sea esta la de *puertas abiertas*, ideología instaurada en su arquitectura que, como veremos, luego incide necesariamente en la percepción actual de la persona inimputable.

La catalización para la construcción del nuevo Hospital Psiquiátrico se le atribuye precisamente al Dr. González Murillo, quien en 1961 inició una campaña con tal objetivo, la cual fue apoyada por el periódico La Nación y el sector privado (La Nación domingo 30 de mayo de 1971, p. 54), el cual luego se verá beneficiado al utilizar como mano de obra a los pacientes psiquiátricos. En 1974, con la creación del nuevo edificio para el entonces Hospital Nacional Psiquiátrico, el Dr. González explicó la esencia de la nueva tendencia ideológica asilar y consideró que

El valor que tiene el actual acontecimiento es que demuestra el profunda arraigo que han alcanzado las nuevas concepciones en el quehacer psiquiátrico, las cuales no circunscriben la Psiquiatría a una función de custodia y cuidado de pacientes violentos o tranquilos en una institución cerrada, donde el horizonte se acota en las paredes de una celda, sino atribuyéndole una eficiente actividad que se extiende a la comunidad [...]. (La Nación, sábado 14 de septiembre de 1974, p. 22 B).

En este extracto, se evidencia el cambio de paradigma en el tratamiento psiquiátrico que superaría el encierro de los locos peligrosos que promovía el Decreto XXXVI en 1885. Tomó casi un siglo variar este paradigma y dotar de un contenido terapéutico a la labor psiquiátrica en Costa Rica. La nueva proclividad terapéutica fue explicada en 1974 indicando que

No existen celdas de encierro, mantienen contacto con sus seres queridos, siendo visitados o disfrutando de permisos periódicos. Existe vida social, cultural y tratamos en fin, de que cuando un individuo deje nuestra institución, no vaya solo curado, sino que vaya convertido en un mejor ciudadano. (La Nación, sábado 14 de septiembre de 1974, p. 23 B).

La renuncia de la psiquiatría a su función como mero encierro, como celda, radica precisamente en la percepción que se tenía del loco o, más específicamente, de La persona enferma mental, estimando que

[...]El enfermo de esta clase no es un ser aparte, ni un ser diferente de los otros, sino que tiene los mismos impulsos básicos y las mismas necesidades del individuo sano, como son alimentación, abrigo, seguridad, afecto, aceptación, reconocimiento, sentido de autovaloración, así como aquellas que determinan en el individuos -sic- los patrones culturales del país en que vive... En tal virtud, el enfermo mental merece también la mayor consideración y respeto de parte de los demás, tanto o más que el individuo sano [...]. (La Nación, domingo 30 de mayo de 1971, p. 54).

7. Así nombrado a partir de 1965. La Nación (sábado 14 de septiembre de 1974). Hospital Nacional Psiquiátrico y su historia. Costa Rica, p. 23 B

Esta inclusión del loco, este nacimiento de la función de agente de la persona enferma mental, no fue gratuita, por el contrario, derivó de una asociación con la empresa privada que, previo a la creación del actual edificio del Hospital Nacional Psiquiátrico, se valía de la mano de obra –es válido pensar que barata– de los locos para verse beneficiada en la creación de materiales que servían a su comercio. Esto fue posible por medio de lo que se denominó Industrias Chapuí; empleando la terapia como ideología médica, se administraban el tiempo funcional y los cuerpos de los pacientes

[...] Los pacientes no están encerrados rumiando sus fobias, sino que todo el día están entretenidos en diversas tareas. Unos van a la finca en Pavas y se ocupan de labores del campo, regresando por la tarde; otros van a los talleres. El Taller John M. Keith es grande, con sección de telares, de carpintería, colchonería y fabricación de blocks de cemento, contruidos con toda la técnica y que la industria de construcción adquiere a precios menores que en el mercado [...] Fabrican miles de cajas para refrescos embotellados, hacen telas a mano [...] Colchones de paja, escobas y muchos artículos más salen a diario de este taller. (La República domingo 19 de septiembre de 1971, p.26).

Este aprovechamiento, en relación con la ocupación de los locos al servicio de la empresa privada, queda más claro al precisar cuáles eran las compañías beneficiadas: “[...] Existe el taller de bloques de cemento, el taller de carpintería donde se hacen cajas para compañías como Coca Cola, Muebles Rosago, Cervecería Costa Rica, todas instituciones que colaboran con el hospital”. (La República, domingo 13 de julio de 1969, p. 25).

Esta dinámica da un indicio de cómo se comenzó a percibir al loco para esta época, percepción resumida en palabras de Miguel Cervantes Mora, quien para 1969 tenía 31 años de trabajar con los y las pacientes psiquiátricos y era maestro de estos talleres de producción industrial: “[...] Nosotros los miramos como obreros, no como pacientes [...]”. (La República, domingo 13 de julio de 1969, p.25).

Todo lo anterior deja claro el cambio de paradigma en cuanto a la percepción del loco en la década de 1960 y la primera mitad del decenio de 1970, en tanto que el loco dejó de ser percibido solamente como la persona demente pobre y peligrosa que debía ser recluida para la tranquilidad pública. En su lugar, agregó a sus atestados el sujeto funcional, quien se convirtió en obrero y, con ello, contribuyó al crecimiento de empresas como Coca Cola o la Cervecería de Costa Rica misma. Ahora el cuerpo de los locos dejó de ser el simple objeto de un encierro casi carcelario, para convertirse en una herramienta al servicio del capital, y este nuevo enfoque determinó históricamente la concepción de la persona inimputable.

Hasta la incursión de la industria en la concepción del loco, tanto el o la inimputable como la o el paciente psiquiátrico eran vistos en una relación casi de identidad, pues la función delegada a la psiquiatría había sido la del encierro de la persona enferma mental pobre y peligrosa. Con el advenimiento de la perspectiva industrial al tratamiento del loco, este último resultó útil, en tanto no solo facilitaría la producción comercial, sino también que no la debería de estorbar, pues ahora el tema sería de unidades producidas, de cajas para las bebidas gaseosas o para las cervezas.

En este contexto, ¿qué pasaría con aquel individuo que fuera considerado más peligroso que el resto? ¿Qué sucedería con el sujeto que no solo estaría recluido por percibir alucinaciones, sino por cometer crímenes? En fin, en esta nueva realidad industrial del loco ¿qué sucedería con el o la inimputable? Necesariamente, la o el inimputable sería sujeto de una discriminación en relación con los y las demás pacientes psiquiátricos; la persona inimputable no sería útil, sino que sería considerada más peligrosa y, por ende, debería ser alejada del resto. Corresponde analizar cómo se desarrolló esta situación.

Mientras se daba este cambio de paradigma en la concepción del loco, también se gestaba normativamente la creación del nuevo Código Penal de Costa Rica, el cual fue aprobado en el mes de noviembre de 1971 (Código Penal, 1971). Cuando se presentó ante el plenario el Proyecto de Ley de este código, en los motivos específicos relacionados con el actual artículo 42 que contempla la figura de la persona inimputable, se indicó que

Las causas de la imposibilidad de comprender y de regular nuestro proceder conforme a las normas jurídicas, son de índole psiquiátrica o psicológicas. El perito informará al Juez sobre ello. Pero lo que este debe tener principalmente en cuenta es, sí a causa de ese estado mental, el agente no ha podido comprender la índole de su acto o regular su conducta conforme a las normas del derecho. (Asamblea Legislativa, 1970, p. 167).

Sin embargo, durante la tramitación del expediente no quedó mayor registro en cuanto a alguna discusión que suscitará en relación con la concepción de la persona inimputable. Sin embargo, donde sí consta un elemento esencial en cuanto a la concepción de este sujeto, es en el expediente legislativo de discusión del proyecto de Ley del Código Procesal Penal (1998), específicamente en la discusión que aconteció en el Departamento de Comisiones Legislativas el tema de las medidas de seguridad, en este sentido se indicó que

*[...] la medida de seguridad sigue siendo en este Código el mismo problema que hemos tenido siempre porque la medida de seguridad la aplicamos precisamente a esa persona que tiene problemas mentales y qué nos dicen las autoridades siquiátricas, que en Costa Rica no tenemos lo que se requiere para esa persona [...] La política siquiátrica nacional es de **hospital de puertas abiertas**, ellos no tienen contención y por eso es que las autoridades siquiátricas no reciben delincuentes que ellos les llaman peligrosos y que tienen ese problema porque alborotan a los internos [...] Por otro lado, entendemos a las autoridades de Adaptación Social que dicen que tampoco tenemos la forma de atender. Eso va a seguir siendo mientras no tengamos un Hospital-Cárcel. (Asamblea Legislativa, 1998, p. 583). (El subrayado no es del original).*

En este texto, se resume la incidencia de la concepción de la persona inimputable luego del cambio de paradigma suscitado en las décadas de los sesenta y setenta, en tanto se reconoce que la tendencia de **puertas abiertas** del Hospital Nacional Psiquiátrico no fue concebida para los y las inimputables, pues lo que se espera para estos es el encierro carcelario. Esto posee una implicación devastadora, no dicha antes, la cual se puede plantear en los siguientes términos: **la ideología arquitectónica de puertas abiertas, es contraria al tratamiento de los inimputables, pues cuando la psiquiatría ve a un inimputable, no ve a un paciente por curar, sino a un sujeto por mantener encerrado.**

Así, la percepción de la persona inimputable según la cual esta es acreedora de una medida de seguridad curativa, en realidad es solo una falsa conciencia de la realidad, pues lo que se quiere no es su cura, sino su encierro, y esta clara verdad es la que explica, porque

legalmente su reclusión puede ser prácticamente perpetua. En el fondo del discurso de la inimputabilidad, lo que radica es la anulación máxima del sujeto, aquella que sin matarlo lo elimina.

Lo anterior ha cobrado relevancia actual desde dos perspectivas ideológicamente ligadas en grado de complicidad histórica: la primera, concerniente al proceso de imposición de medidas de seguridad regulado en el actual Código Procesal Penal y, la segunda, referente a la intención legislativa de creación del Centro Psiquiátrico Penitenciario. Ambas son hermanas bizarras de una misma madre ideológica.

III. Incidencia de la construcción del loco en la situación vigente de la persona inimputable: el proceso y la reacción en su contra

Antes del Código Procesal Penal actual, regía el Código de Procedimientos penales, el cual, en relación con el tema de la imposición de las medidas de seguridad, permitía que no se realizara juicio previo. Al respecto, el actual magistrado de la Sala Constitucional, Dr. Fernando Cruz indicó que

[...] en el artículo 320, inciso tercero, se establece que debe dictarse un sobreseimiento total cuando se compruebe que existe una causa de inimputabilidad, autorizando además, la imposición de una medida de seguridad. Se presume en este caso, de acuerdo con la norma mencionada, que la imposición de una medida de seguridad no requiere el estricto respeto al DEBIDO PROCESO, ya que se prescinde totalmente de una etapa procesal tan importante como el DEBATE, imponiendo además, una medida que se presume beneficiosa, pero que en realidad puede ser tan represiva como la pena privativa de libertad. (Cruz Castro, F., 1991. p. 30).

De este extracto se derivan dos cuestiones de relevancia para esta investigación. En primer lugar, antes del actual Código Procesal Penal, la imposición de medidas de seguridad no respetaba el debido proceso y, en segundo lugar, según el autor las medidas de seguridad pueden ser tan represivas como la pena privativa de libertad.

En relación con el primer punto, sea este el modo procesal de imponer las medidas de seguridad ante la declaración de inimputabilidad, conviene primero indicar cuál es el proceso actual para imponerlas y luego sugerir una hipótesis de por qué se dio el cambio. Con respecto al modo de imposición actual de estas medidas, el mismo se encuentra regulado a partir del artículo 388 del Código Procesal Penal, y sus reglas específicas se estipulan en el numeral 389 de dicho cuerpo legal, las cuales disponen que este proceso se rija bajo las reglas ordinarias, con las siguientes excepciones:

- a) Cuando el imputado sea incapaz, será representado para todos los efectos por su defensor en las diligencias del procedimiento, salvo los actos de carácter personal.*
- b) En el caso previsto por el inciso anterior, no se exigirá la declaración previa del imputado para presentar acusación; pero su defensor podrá manifestar cuanto considere conveniente para la defensa de su representado.*
- c) El procedimiento aquí previsto no se tramitará juntamente con uno ordinario.*
- d) El juicio se realizará sin la presencia del imputado cuando sea inconveniente a causa de su estado o por razones de orden y seguridad.*
- e) No serán aplicables las reglas referidas al procedimiento abreviado, ni las de la suspensión del procedimiento a prueba. (Código Procesal Penal, artículo 389, 1998).*

Como se observa, estas reglas de excepción permiten que la persona inimputable sea procesada en ausencia, estimando que para tal efecto será representada por su defensor o defensora, lo cual necesariamente conlleva que no se pueda ejercer el derecho de defensa material como garantía integrante del debido proceso. Asimismo, se podrá prescindir la declaración de la persona imputada, acto en el que por definición se ejerce la defensa material, en el cual una persona imputada puede ejercer activamente la defensa de sus intereses.

La posibilidad que permite el artículo 389 del Código Procesal Penal, en relación con la posibilidad de que la o el inimputable sea procesado en ausencia, posee una base ideológica, en el tanto crea un nuevo discurso, en apariencia más garantista, en el que la imposición de medidas de seguridad sí respetaría el debido proceso al realizar un debate, lo cual no se daba en el Código de Procedimientos Penales.

No obstante, al permitir que este juicio sea realizado en ausencia de la persona imputado, autoriza igualmente que para los efectos del o de la inimputable se le imponga la medida de seguridad sin el debate respetivo, pues al no presenciarlo, para él o ella dicho juicio no existiría nunca. El trasfondo ideológico de esta posibilidad legal posiciona falsamente al destinatario de la norma frente al debido proceso, ya que aparenta que respeta las garantías procesales, cuando en realidad este respeto procesal podría no existir.

El actual proceso para imponer medidas de seguridad responde a la actual concepción de la persona inimputable, gestada en la segunda mitad del siglo pasado, más específicamente desde la década de 1970 con la construcción del edificio del Hospital Nacional Psiquiátrico, pues el sujeto inimputable no ha sido creado en el imaginario social como sujeto de cura, sino de encierro.

De esta forma, el proceso penal ha sido reelaborado de tal manera que en apariencia respete los derechos y las garantías procesales de la persona inimputable, cuando en la realidad lo que persigue es su encierro, preferiblemente carcelario, lo cual es contrario a la ideología arquitectónica de puertas abiertas del Hospital Nacional Psiquiátrico. Desde esta perspectiva, lo que pretende el actual proceso para imponer medidas de seguridad, es la anulación del sujeto inimputable.

Esta ideología procesal casualmente coincide con el proceso para juzgar a reos y reas ausentes en el Código de Carrillo que, como se estudió anteriormente, permitía procesar y condenar a una persona ausente. Esta similitud histórica, sin mayor peligro, permite afirmar que la situación actual de la persona inimputable está estancada en garantías procesales desde hace más de 160 años, por lo que el cambio legal presentado entre el Código de Procedimientos Penales y el actual Código Procesal Penal, respecto a este tema, no representa un mayor avance histórico ni una victoria de los derechos fundamentales del sujeto inimputable.

Por el contrario, lo que evidencia es que cuando se juzga a una persona cuya enfermedad mental la hace proclive a la imposición de una medida de seguridad, esta se encuentra en una desventaja procesal histórica de más 160 años respecto a una persona imputable que sea procesada actualmente.

Al intentar explicar cómo pasó esto, ingresamos al segundo punto indicado en párrafos anteriores, según el cual se pretende proponer una hipótesis de por qué motivos se dio este cambio. El 21 de marzo de 1996, ante la Asamblea Legislativa, se presentaron altos jefes del Poder Judicial para explicar y promover el entonces proyecto de Ley del Código Procesal Penal, entre estos, el magistrado Alfonso Chaves indicó algo referente al proceso de imposición de medidas de seguridad, en el siguiente sentido:

Otra de las cuestiones en procedimientos especiales que pueda tocarse, que tengan alguna trascendencia. Uno de los problemas es con los delincuentes inimputables, que se les juzga en la misma forma de los que son imputables. Aquí se está poniendo un procedimiento especial, en el que por supuesto se sigue en lo conducente las reglas comunes para los demás juicios, pero contiene reglas especiales. Esto parece una novedad interesante, porque el tratamiento de posible aplicación de medidas de seguridad para delincuentes inimputables no puede ser el mismo que se sigue para imputables, en cuanto a la imposición de la pena. (Asamblea Legislativa, 1998, p. 1016).

Si bien este extracto posee algunas imprecisiones conceptuales, importa en el sentido de que se justificó la situación procesal de las personas inimputables, considerando que debe existir una diferencia en la manera cómo se juzga a estas en relación con los y las imputables. Sin embargo, no se indicó en qué radicaba esta divergencia, no se precisó cuáles serían las ventajas del cambio de paradigma procesal, si sería para respetar las garantías de esta población o; si sobre este extremo, privaba el avance de la Administración de Justicia en estos casos, atendiendo evidentemente a un criterio de economía y celeridad del proceso.

Existe la posibilidad de que esta omisión se pasara desapercibida, es decir, que no se le concediera importancia, ya que los sujetos intervinientes en la aprobación del proyecto de ley en cuestión también han sido sujetos efectivos de dominio, y han sido sujetados por ideologías que les superan y les atraviesan, ideologías tendientes a hacer a un lado al loco/peligroso, cuyo principal propósito no ha sido terapéutico, sino de anulación subjetiva. Esto se vislumbrará luego dentro de la Corte Suprema de Justicia, ya que en reunión de Corte Plena, el 18 de agosto de 1997 se trató este tema, y se indicó en relación con la ejecución de las medidas de seguridad de internamiento en el hospital psiquiátrico que

Se da la inconsecuencia del exceso en el tiempo de aplicación de la medida, superior al del descuento de una eventual pena privativa de libertad. En muchos casos se mantiene la medida no obstante la recomendación de "alta" del Médico tratante. De esa forma se estima violado el principio de proporcional de la intervención estatal, y el consecuente quebranto de normas constitucionales. (Acta de la Corte Plena n.º 027-97 del 18 de agosto de 1997. Artículo XXXI).

Pareciera que la preocupación por la situación de la persona inimputable no ha sido la primigenia en términos procesales, ni ha sido objeto de inquietud la manera en cómo se aplican estas medidas de seguridad, ni se ha cuestionado si existe la posibilidad de que en este proceso especial se vulneren derechos de quien es juzgado, como antaño ocurría en el Código de Carrillo.

Por el contrario, toda esta serie de discursos históricos interinstitucionales evidencia que la preocupación que despierta el tema de la inimputabilidad ha sido en cómo se administre el cuerpo de los locos, de cómo se puede agenciar para que estos estén reclusos –sea o no proporcionalmente–, no sobre cómo este proceso puede dar una terapia efectiva.

La despreocupación sobre el tema del proceso de imposición de medidas de seguridad, no ha despertado el debate de las instituciones implicadas, básicamente porque; en palabras de Foucault:

[...] El tema del hombre peligroso se encuentra así inscrito tanto en la institución psiquiátrica como en la institución judicial. Cada vez más la práctica, y posteriormente la teoría penal, tendrán incidencia, en los siglos XIX y XX, a hacer del individuo peligroso el objetivo principal de la intervención punitiva. (Foucault, M., 1996, p. 168).

Desde la vigencia del actual Código Procesal Penal, la concepción que se ha tenido de la persona inimputable se ha visto confirmada tanto en distintos medios de comunicación, como en los ámbitos legislativo y judicial. En relación con la perspectiva del legislador, en el 2006 se presentó un proyecto de Ley de Creación del Hospital Psiquiátrico Penitenciario –así titulado en aquel entonces–, por el diputado Alexander Mora, en el que se proponía la construcción de un hospital-cárcel para las personas inimputables, para ubicarse en la proximidades de alguna cárcel, cual pabellón carcelario, por definición ajeno a cualquier posibilidad de curación, ya vez que tal medio definitivamente no sería el propicio para la curación.

Asimismo, en el ámbito judicial, la Sala Constitucional ha aceptado como armónica con los derechos la posibilidad de que estas medidas de seguridad se mantengan durante un plazo indeterminado (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Voto 17298-2008 de las 14:51 del 19 de noviembre de 2008), voto redactado precisamente por el magistrado Fernando Cruz, quien diecisiete años antes había afirmado que “[...] una medida que se presume beneficiosa, pero que en realidad puede ser tan represiva como la pena privativa de libertad. (Cruz Castro, F., 1991, p. 30).

De tal forma, si bien la naturaleza de la pena y de las medidas de seguridad son distinta –la primera punitiva y la segunda terapéutica-, sí puede extraerse el razonamiento de que si estas medidas pueden ser tan represivas como la pena de cárcel, el o la inimputable se encuentra en una situación de desventaja frente a la persona imputable, ya que puede estar recluido durante decenios sin derecho a los beneficios de ejecución de la pena.

Estimar que la perpetuidad práctica de las medidas de seguridad no atenta contra los derechos de las personas inimputables, simplemente pone en evidencia que la despreocupación en relación con el proceso para su imposición, primordialmente, se debe a un simple motivo: *al imponer las medidas de seguridad, no importa cómo se haga, lo que interesa es que se recluya al sujeto loco/peligroso, preferiblemente de por vida, aunque esto implique que el debate sea realizado en su ausencia.*

Toda esta campaña de reclusión de la persona inimputable tuvo gran promoción en la prensa nacional durante el 2009, basta citar un editorial del periódico La Nación del 04 de marzo de 2009, con el título Promiscuidad intolerable, en el cual se divulgó lo siguiente:

Los 70 reclusos inimputables en el Hospital Nacional Psiquiátrico han sido enviados por jueces o tribunales como parte de las “medidas curativas de internamiento”, y algunos han estado por 15, 20 o más años. Cumplido este acto, los funcionarios, al parecer, se lavan las manos, pues no se les da seguimiento. Cae de su peso concluir que, en esta exhibición de inhumanidad, en el Hospital Nacional Psiquiátrico, tiene lugar toda clase de aberraciones, desde la comisión de los más diversos delitos hasta la venta de protección, de parte de los inimputables, a los enfermos mentales o la crueldad de exponer a los oficiales o guardas, por este espectáculo infame, a enfermedades mentales, que requieren un tratamiento especializado. (La Nación, Editorial, 04 de marzo de 2009).

El problema de posicionarnos ideológicamente ante la situación procesal vigente de la persona inimputable radica en que aunque no lo pretendamos, legitimamos la violación de derechos fundamentales de la persona enferma mental, por medio de la aceptación de un debido proceso imaginario, estancado por más de 160 años en la manera de juzgar a una persona.

Somos atravesados por situaciones de poder precisamente por el desarrollo cultural que ha incentivado nuestra idiosincrasia. Para contrarrestar esta determinación, necesariamente resulta imperativo desflorar los prejuicios que se han incrustado en nuestro inconsciente y propiciar críticamente un cambio de paradigma en la manera en cómo se imponen y administran las medidas de seguridad ordenadas contra una persona inimputable, propuesta que ineludiblemente deberá partir de la premisa de la concepción actual de este sujeto considerado loco/peligroso.

IV. Crítica a la concepción actual de la persona inimputable: hacia una propuesta garantista para el proceso de aplicación y ejecución de las medidas de seguridad

Manejar una concepción presupone la existencia de prejuicios y valores que inciden en la significación. En el caso del manejo de la concepción de la locura, presupone la existencia de prejuicios y valores relacionados con la anormalidad y, siendo la inimputabilidad un concepto primeramente legislativo, con incidencias en el ámbito psiquiátrico y judicial, será respecto a estos ámbitos sobre los que se aboque este apartado.

En relación con el saber legislativo, es posible aproximarnos a su concepción de la persona inimputable en virtud de la tramitación del Proyecto de Ley de Creación del Centro Psiquiátrico Penitenciario, específicamente en las actas legislativas en las que se le discute. Desde esta óptica, en el acta de la sesión ordinaria 5ª, realizada el miércoles 01 de julio de 2009, se discutieron cuestiones relacionadas con el proyecto de marras, en particular se han desarrollado discusiones sobre temas administrativos u operativos. No obstante, existen ciertas afirmaciones que dejan ver nociones sobre el o la inimputable. Así, el diputado Molina Gamboa manifestó lo siguiente:

Quien no está privado de libertad, porque el juez no considera que esta persona tiene que estar fuera de la sociedad, pues para eso están los centros hospitalarios comunes, porque esta persona que está indiciado es tan peligrosa para el hospital como para la sociedad, entonces, a mí me parece que quien debe estar en el hospital es quien está privado de libertad y porque tiene condiciones que no le permite estar incorporado en el medio social. (Asamblea Legislativa 2009, p.23).

Esta serie de afirmaciones gira alrededor de la peligrosidad del sujeto por ser anulado, porque representa un peligro para la sociedad, donde priva la función de reclusión del centro hospitalario, sin que por asomo se mencione la función terapéutica. Esto no debe extrañar, puesto que en una sesión anterior, la diputada Chacón Echeverría afirmó lo siguiente:

[...] qué violación de derechos se tiene con los pacientes psiquiátricos que únicamente tienen una enfermedad psiquiátrica y tienen que convivir con personas que son asesinos en serie, que están esposados en la cama de a la par, o sea, un ambiente muy insano⁸. (Asamblea Legislativa, 2009, p. 19-20).

Lo anterior expone el criterio reduccionista de algunos diputados y diputadas en torno a la concepción de los y las inimputables, pues es incorrecto que estos son asesinos o criminales seriales, significando esto un prejuicio. Ahora, si bien es cierto que estos son algunos indicios actuales de la noción legislativa en torno a la inimputabilidad, debe notarse que inmerso en estas ideas aún se mantiene el germen de la peligrosidad, a lo cual se le puede aunar el silencio de los y las demás intervinientes en estas sesiones, silencio necesariamente legitimador.

En relación con el ámbito judicial, la percepción actual de la persona inimputable puede ser derivada jurisprudencialmente. De tal manera, el Tribunal de Casación Penal ha considerado lo siguiente:

8. El punto de que los y las inimputables son criminales seriales es sostenido por esta misma diputada en la sesión ordinaria número 3. En este sentido, Asamblea Legislativa, (2009, p.26).

Definir la inimputabilidad de un sujeto -que es ahora el tema de nuestro interés- supone una valoración en dos niveles, primero se requiere de un diagnóstico psicológico o psiquiátrico que constate una enfermedad mental o un grave trastorno de conciencia en la persona; luego, una valoración sobre la incidencia de ese estado en la falta o ausencia de comprensión de la desaprobación jurídico- penal, sea, para motivarse por los mandatos normativos y poderse comportar de acuerdo con esa comprensión (BACIGALUPO, Enrique, Lineamientos de la teoría del delito, 2a. edición, Editorial Juricentro, San José, 1985, p. 93; ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General, Tomo I, 1ª edición, Editorial Civitas, Traducción de la 2a. edición alemana por LUZÓN PEÑA (Diego) y otros, Madrid, 1997 p. 823). [...] si bien las pericias psicológicas o psiquiátricas son de utilidad para establecer la existencia de una enfermedad mental (verbigracia, esquizofrenía, manías depresivas, etc.) la determinación de la capacidad de culpabilidad (inimputabilidad) de un sujeto, no es una cuestión médica, corresponde su fijación a la autoridad jurisdiccional. (Tribunal de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sede Goicoechea. Voto 000296-2009 de las 11:50 del 13 de marzo de 2009).

Dentro de esta concepción de la inimputabilidad, se rescata que su declaración corresponde al juez o de la jueza, no pertenece en este sentido al saber psiquiátrico, el cual solo asume una función forense en la etapa previa a la eventual medida de seguridad por imponer. En este mismo fallo, se recoge un elemento que ya se ha desarrollado, sea este el de la peligrosidad de la persona inimputable, en este sentido se indicó que

Sobre la peligrosidad criminal del sujeto. Como se indicara en líneas previas, nuestro sistema únicamente reacciona frente a la peligrosidad postdelictual, es decir, ante la probabilidad de delinquir en el futuro por parte de una persona que ya ha cometido un ilícito y que se declaró inimputable o con imputabilidad disminuida. La peligrosidad se debe determinar de acuerdo a la peligrosidad del individuo con respecto a la conducta típica imputada, no en un sentido general, sino limitado a ese comportamiento por el cual se le siguió un proceso penal. De ahí que la imposición de una medida de seguridad no es una operación automática, refleja, que puede surgir sin ninguna reflexión frente a un hecho punible cometido por un inimputable, es producto de una valoración o ponderación casuística efectuada por el juzgador en atención a los elementos probatorios evacuados en el contradictorio. (Tribunal de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sede Goicoechea. Voto 000296-2009 de las 11:50 del 13 de marzo de 2009).

Al igual que la noción legislativa, el sistema judicial requiere de la peligrosidad para referirse al o al inimputable. Es sobre ella que se edifica el trato a la persona anormal que delinque. Por último, en la esfera del saber psiquiátrico, la noción de la inimputabilidad actual se resume en las palabras del Dr. Álvaro Hernández, jefe de Servicios Médicos y Rehabilitación que labora en el Hospital Nacional Psiquiátrico, quien al comparecer ante la Asamblea Legislativa en ocasión del proyecto de Ley de Creación del Centro Psiquiátrico Penitenciario, se pronunció en los siguientes términos:

[...]ustedes ven la peligrosidad de algunas de estas personas que son ingresadas y que, justamente, son ingresadas, de acuerdo a lo que dice el Código Penal, por su peligrosidad, pero resulta que cuando son internados en el Hospital Psiquiátrico, pierden su peligrosidad, porque se levanta la custodia y se le exige al hospital que sea este el que los custodie. Asamblea Legislativa (2009). (Acta de la sesión ordinaria n.º 10. Expediente legislativo 16269, p. 8).

La noción de peligrosidad de la persona inimputable se mantiene en las aproximaciones conceptuales que realizó el vocero del Hospital Nacional Psiquiátrico ante la Asamblea Legislativa, aun cuando se indique que con su ingreso el sujeto pierde dicho carácter. Sin embargo, en el dicho de este psiquiatra, contrario a las nociones indicadas anteriormente, sí se trata el tema terapéutico de las medidas de seguridad y se asevera que

[...] En razón de estas medidas, el hospital se ve en medio de dos mandatos diferentes: por un lado, se le pide ser un hospital moderno, que trabaje en función de la rehabilitación, de la reinserción social de las personas, de que la comunidad, la familia y la sociedad asuman el cuidado de los enfermos con discapacidad mental, y por el otro lado, se ve compelido a asumir una función de tipo asilar a largo plazo, carcelaria, en cierta forma, con los pacientes que tienen medidas judiciales. Entonces, el hospital no puede cumplir con los dos mandatos al mismo tiempo [...] En esto, es claro que la idea de un hospital terapéutico difiere completamente de la idea de un hospital de seguridad de tipo penitenciario. (Asamblea Legislativa, 2009, p. 6).

Lo curioso del texto recién indicado radica en que se menciona el tema curativo de las medidas de seguridad, desde la perspectiva de su imposibilidad, en tanto se considera que lo que corresponde no debe ser un hospital terapéutico, sino uno de corte carcelario, dando prioridad al encierro sobre la terapia.

Las concepciones de la persona inimputable en los saberes legislativo, judicial y psiquiátrico, comparten el elemento de la peligrosidad, lo cual no es novedoso, pero lo que sí resulta innovador es que pese a que se ha justificado la existencia de las medidas de seguridad desde la perspectiva terapéutica, no se ha encarado de frente su posibilidad real, ni se han confrontando las posibilidades reales de cura de la persona inimputable a la luz de la posibilidad de su reclusión perpetua.

Solamente un profesional en ciencias de la salud, el psiquiatra, indicó que el actual Hospital Nacional Psiquiátrico no presenta lo que los y las inimputables necesitan, que es un *hospital penitenciario*, no uno terapéutico. Pareciera que, en la práctica, en la realidad, la trillada noción de sujeto loco/peligroso reproduce en los inimputables la función asilar que en 1885 le había otorgado el Decreto XXXVI al Hospicio Nacional de Locos, sea el de pura higiene pública, no el de la cura como objetivo principal de estas medidas.

El que la posibilidad de que los y las inimputables sean juzgados en ausencia y no produzca revuelo, se podría deber en parte, porque la finalidad real de las medidas de seguridad es el encierro de los y las inimputables, situación evidenciada durante la historia de la percepción del sujeto loco/peligroso, así como del hecho de la peligrosidad como inherente a la definición de la persona inimputable misma.

La disposición recogida en los incisos a y b del artículo 389 del Código Procesal Penal actual deja entrever la posibilidad que, como un constructo histórico, exista una serie de prejuicios en la concepción de la persona inimputable que permitan su juzgamiento en ausencia, con la posibilidad de aplicar una medida de seguridad desproporcionada o prácticamente perpetua. Los discursos de las autoridades implicadas comparten una carencia: la falta de prioridad del fin práctico terapéutico de estas medidas, ausencia que puede ser interpretada como que estos saberes han sido atravesados por fuerzas históricas comunes, tendientes a la erradicación del sujeto loco/peligroso.

Las consecuencias de la incidencia de prejuicios en la concepción de la persona inimputable, no solo han tenido consecuencias procesales, sino también han afectado en el modo de las medidas de seguridad. La

prioridad de la noción de peligrosidad de la persona inimputable ha colaborado al objetivo de encierro de estos sujetos, aun sobre el propósito terapéutico.

Es en las consecuencias procesales para la imposición de las medidas de seguridad y en su modo de ejecución, donde los prejuicios de la noción de inimputable se han manifestado más violentamente. En su lugar debe realizarse un propuesta de corte garantista.

Si en un proceso contra una persona imputable debe respetarse el debido proceso, con mucho mayor razón este deberá ser un pilar imprescindible al procesar a una persona enferma. Así, no debe consentirse que la ley permita que el o la inimputable sea juzgado en ausencia; en su lugar, se deberán propiciar todas las facilidades procesales para que esta persona presencie el juicio y pueda ejercer efectivamente su defensa material.

De esta forma, en caso de una descompensación que conlleve que el sujeto no presencie el juicio, este último deberá suspenderse hasta que recobre su estabilidad mental. La diferencia entre la persona imputable y la inimputable no debe operar en perjuicio del enfermo mental, un trato de este tipo necesariamente es discriminatorio. Esta propuesta precisamente implica una reforma legal del proceso especial para imposición de medidas de seguridad.

Respecto al tema del objetivo de las medidas de seguridad, debe retomarse como prioridad su finalidad terapéutica, se debe renunciar al encierro como propósito medular del internamiento del o de la inimputable. El olvido actual de este designio como prioritario de las medidas de seguridad se torna más delicado al tomar en cuenta la posibilidad de indeterminación práctica de duración de éstas, la falta de capacitación e interés de los sujetos procesales implicados –juez o jueza, fiscal y la persona defensora de ejecución de la pena, el personal del nosocomio psiquiátrico, etc., así como la ausencia de los beneficios de ejecución de la pena por su naturaleza no punitiva.

Para solucionar este olvido, para ejercitar la memoria, es imperativo retomar la finalidad terapéutica de estas medidas, dejando de lado el encierro de la persona inimputable como propósito principal, concentrándose así en el tratamiento del o de la inimputable como sujeto de salud curable y no como sujeto de suplicio. Asimismo, debe promoverse una red de capacitación interinstitucional e interdisciplinaria de los y las intervinientes en la ejecución de las medidas de seguridad, partiendo de la premisa de que el trabajo preeminentemente funcional de estos deberá partir de la dualidad de colaboración/sistema de control sobre la función del otro, para así perseguir una finalidad común –terapia efectiva a los y las inimputables–, pero previendo el contradictorio propio de una dinámica judicial –posibilidad de posiciones encontradas al respecto como podría darse eventualmente entre el o la fiscal y la persona defensora de ejecución de la pena–.

Tanto los cambios en el proceso de imposición de medidas de seguridad como en la manera de ejecución de éstas, envuelven un cambio cultural, implican una permuta en la percepción del inimputable, propiciar una sociedad de inclusión e interiorizar que siendo el problema un asunto de salud mental, el mero internamiento del inimputable no será la solución, no buscar el castigo mediante el encierro, sino promover la cura de estos sujetos. Probablemente este cambio, el cultural, sea el más difícil y ambicioso.

Conclusión

En el Código de Carrillo (1841), se permitía que una persona fuera juzgada en ausencia. Actualmente, esta posibilidad solo es viable en el procedimiento de imposición de medidas de seguridad, contemplado a partir del artículo 388 del Código Procesal Penal. El hecho de que aún más de 160 años después de la promulgación

del Código de Carrillo, exista un proceso similar para juzgar a una persona, responde en gran parte a que la concepción de la persona inimputable se ha visto cruzada por la noción de peligrosidad, y conlleva con ello que en la práctica no se busque la cura de la persona inimputable, sino su encierro como anulación del sujeto loco/peligroso. Desde esta perspectiva, la situación procesal de inimputable es similar a la de la persona imputable ausente en 1841.

La ejecución de las medidas de seguridad ha sido vaciada de la función terapéutica. Esto se ha debido a que la persona inimputable es concebida como peligrosa y, por lo tanto, se ha considerado que debe ser encerrada penitenciarmente y no en forma terapéutica. Esto queda más claro en el discurso mantenido por las autoridades del Hospital Nacional Psiquiátrico y de ciertas personas legisladoras en la actualidad. El hecho de que esta noción peligrosista acarree el olvido de la función curativa de estas medidas no depende exclusiva y libremente de los sujetos intervinientes, sino que es el resultado de una elaboración histórica en la que ha intervenido una serie de fuerzas suprasubjetivas –poderes, ideologías, etc.– que han atravesado los discursos actuales en la materia y a las personas que los profesan.

La situación procesal penal actual de la persona inimputable, en relación con la imposición de las medidas de seguridad, si quisiera ser cambiada deberá partir de una reforma legal que promueva el respeto a las garantías procesales, impidiéndose cualquier portillo que posibilite alguna violación al debido proceso.

Con respecto a la ejecución de las medidas de seguridad, debe promoverse una red de capacitación interinstitucional e interdisciplinaria de los y las intervinientes en la ejecución de las medidas de seguridad, partiendo de la premisa de que el trabajo preeminente funcional de estos se basará en la colaboración y el sistema de control sobre la función del otro. Ambos cambios, en lo procesal y en la manera de ejecución de las medidas de seguridad, implican una variación cultural, siendo esta posiblemente la más difícil de obtener.

Bibliografía

Adis Castro, G. (1959). *Manual práctico de observación psiquiátrica*. San José, Costa Rica: Junta de Protección Social.

Calderón Hernández, M. (1999). *La Formación del Estado Costarricense*. En *Costa Rica Desde las sociedades autóctonas hasta 1914*. San José, Costa Rica: Editorial de la Universidad de Costa Rica.

Carrillo Chaves, J. (1986). *El sistema de sanciones en el Código Penal de 1941 Leyes conexas*. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica.

Cruz Castro, F. (1991). *Psiquiatría Forense e imputabilidad*. *Revista de Medicina Legal de Costa Rica*. V. 8, N 1, Mayo.

Foucault, M. (1996). *La evolución de "individuo peligroso" en la psiquiatría legal*. La vida de los hombres infames. La plata, Argentina: Editorial Altamira.

_____. (2000). *Los anormales*. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica de Argentina.

Jaramillo Antillón, J. (2005). *Historia y filosofía de la Medicina*. San José, Costa Rica: Editorial de la Universidad de Costa Rica.

Llobet Rodríguez, J. (2005). *Cesare Beccaria y el Derecho Penal de hoy*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental

Ramírez, R. (1858). *Código General de la República de Costa Rica (1841)*. Gobierno de Costa Rica. Nueva York, Estados Unidos: Imprenta de Wynkoop, Hallenbeck y Thomas, 113 Fulton.

Solís Avendaño, M. (2006). La élite caritativa y la institución psiquiátrica: una lectura desde los años cuarenta. *Revista de Historia*. n.º 53-54. Enero-Febrero.

Wacquant, L. (2004). *Las cárceles de la miseria*. Buenos Aires, Argentina: Manantial.

Resoluciones

Tribunal de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sede Goicoechea. Voto 000296-2009 de las 11:50 del 13 de marzo de 2009.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Voto 1739-1992 de las 11:45 del 01 de julio de 1992.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Voto 17298-2008 de las 14:51 del 19 de noviembre de 2008.

Decreto y leyes

Archivo Nacional de Costa Rica, Decreto XXXVI, 29 de abril de 1885, Serie Leyes y Decretos.

Código General de la República de Costa Rica (1841). Gobierno de Costa Rica. Nueva York, Estados Unidos: Imprenta de Wynkoop, Hallenbeck y Thomas, 113 Fulton.

Código Penal de 1880 (1914). San José, Costa Rica: Tipografía Lehman.

Código Penal de la República de Costa Rica (1924). San José, Costa Rica: Imprenta María V. de Lines.

Código Penal y Código de Policía (1941). San José, Costa Rica: Imprenta Nacional.

Código Penal (1971). San José, Costa Rica: Editorial de Investigaciones Jurídicas.

Código Procesal Penal (1998). San José, Costa Rica: Editorial de Investigaciones Jurídicas.

Publicaciones en periódicos nacionales

Diario de Costa Rica (Domingo 16 de junio de 1957). *Bien sabe la Junta que gran parte de problemas que confronta el Chapuí débense a muchas otras causas*. Costa Rica.

La Nación (domingo 30 de mayo de 1971). *Dr. González Murillo, arquitecto del Hospital Psiquiátrico "Las Pavas"*. Costa Rica.

La Nación (sábado 14 de septiembre de 1974). *Hospital Nacional Psiquiátrico y su historia*. Costa Rica.

La Nación (sábado 14 de septiembre de 1974). *Pacientes del Psiquiátrico llevarán una vida casi normal*. Costa Rica.

La Nación (sábado 14 de septiembre de 1974). *Profundo arraigo han alcanzado las nuevas concepciones en el quehacer psiquiátrico*. Costa Rica.

La Nación. (04 de marzo de 2009). *Promiscuidad intolerable*. Costa Rica: Editorial de La Nación.

La República (domingo 13 de julio de 1969). *Una visita al Chapui*. Costa Rica.

La República (domingo 19 de septiembre de 1971). *Dios es azul*. Costa Rica.

Otros

Asamblea Legislativa (2009). *Acta de la sesión ordinaria n.º 2*. San José, Costa Rica: Expediente legislativo 16.269.

Asamblea Legislativa (2009). *Acta de la sesión ordinaria n.º 3*. San José, Costa Rica: Expediente legislativo 16.269.

Asamblea Legislativa (2009). *Acta de la sesión ordinaria n.º 5*. San José, Costa Rica: Expediente legislativo 16.269.

EL CASO DE LAS “TÍAS SUSTITUTAS” DEL PANI ANTE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

M. Sc. Sharon Kramarz Lang¹

El objeto de este ensayo consiste en examinar la conexión existente entre los derechos humanos y el derecho del trabajo, concretamente en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, para lo cual resulta ilustrativo el conflicto protagonizado por un grupo de trabajadoras del Patronato Nacional de la Infancia (PANI) que se desempeñan como “tías sustitutas” en los albergues de dicha institución.

En primer lugar, se presentarán los antecedentes en el ámbito nacional, tanto en la sede laboral como en la constitucional. Posteriormente, se reseñará el procedimiento que ha seguido el asunto ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, donde se encuentra radicado en la actualidad. Luego se abordará el tema de la relación que hay entre los derechos laborales y los derechos humanos, para finalizar con un análisis del caso concreto a la luz de lo expuesto.

A) Antecedentes

1) Jurisdicción Doméstica

a) Sede constitucional

i) Voto n.º 4902-95 de la Sala Constitucional (acción de inconstitucionalidad contra el inciso

c) del artículo 37 del Reglamento Autónomo de Servicio del PANI)

“La Sala entiende y no cuestiona la naturaleza y la importante labor que el Patronato Nacional de la Infancia le ha encomendado a este tipo de funcionarias, con el objeto de desarrollar, con los menores en estado de abandono y en situaciones especiales, un papel prácticamente equivalente al de una madre [...]. De las normas citadas se desprende que el Constituyente y el Legislador plasmaron una limitación genérica a la jornada laboral [...]. Sin embargo, la Constitución y el Código de Trabajo autorizan excepciones calificadas a esas reglas. En el caso de las “tías sustitutas”, la índole misma del trabajo hace absolutamente indispensable el establecimiento de un régimen excepcional, pues se trata, como se dijo, de personas que sustituyen a los padres de los niños, y ser padre o madre es un oficio de todas las horas y de todos los días, lo cual no quiere decir que se trata de trabajo efectivo en términos de jornada. Como ya se dijo, es necesario, para el buen desenvolvimiento del menor, que las encargadas, prácticamente, de su crianza, permanezcan diariamente y sin límite de tiempo atentas a ellos, pero no mediante una jornada laboral de veinticuatro horas como reza absolutamente la norma impugnada, abiertamente inconstitucional e, incluso, materialmente imposible de cumplir, sino mediante contratos laborales con jornadas de doce horas pero que reconozcan su disponibilidad y permanencia en el hogar, con un plus salarial por esa disponibilidad. Téngase en cuenta que, a pesar de que las promoventes permanecen efectivamente en su lugar de trabajo el día completo, la jornada es discontinua, no sujeta a fiscalización

1. Letrada de la Sala Segunda.

superior inmediata y en una función que no puede calificarse de insalubre o peligrosa. En conclusión, no es violatorio de los derechos constitucionales de las recurrentes el que deban permanecer en los centros donde cumplen su función, sin que ello implique menoscabo de sus derechos fundamentales, en el tanto se consideren funcionarias de confianza, en jornada normal de trabajo efectivo no exceda de las doce horas dichas y el que puedan tener que realizar fuera de ella o sea sólo en casos excepcionales y de urgencia y justamente remunerado como tiempo de disponibilidad. Asimismo, para la mayoría de la Sala no resulta irrazonable que la norma señale la jornada laboral de las “tías sustitutas” como de lunes a domingo, pues seguidamente prevé que la Dirección Ejecutiva del Patronato determinará los días de descanso que legalmente les corresponda. Resulta razonable, por lo expuesto, que se otorguen a estas funcionarias los tres días de descanso por cada once de trabajo, ya que así los menores a su cuidado no sufren las consecuencias que implicaría que una vez por semana quedarían bajo el cuidado de otra persona [...]. POR TANTO: Se declara parcialmente con lugar la acción. Se anula por inconstitucional del inciso c del artículo 37 del Reglamento Autónomo de Servicios del Patronato Nacional de la Infancia la frase que dice “las veinticuatro horas del día”. En lo demás se declara sin lugar la acción.”

ii) Voto n.º 3482-96 de la Sala Constitucional (recurso de amparo de las “tías sustitutas” contra el PANI)

“(…) las recurrentes no son trabajadoras comunes pues en el desempeño de su función cumplen un importantísimo papel dentro de un programa social que persigue la protección de niños abandonados y para cuyo fiel cumplimiento es indispensable no burocratizar su labor, por ejemplo, imponiendo un rol de turnos, pues es necesario que el niño cuente con un vínculo afectivo con una sola persona que pueda fungir como su madre. De ahí que la solución debe plantearse en otros términos, que logren armonizar la protección de los derechos laborales de las denominadas “tías sustitutas” con el cabal cumplimiento del programa social a cuyo desarrollo colaboran (...). POR TANTO: Se declara con lugar el recurso. Se anulan los contratos laborales de las recurrentes en el tanto prevén una jornada de veinticuatro horas y omiten el reconocimiento de un sobresueldo por concepto de disponibilidad. Se ordena al Patronato Nacional de la Infancia reelaborarlos en los términos indicados en esta sentencia”.

b) Sede laboral

Voto n.º 841-07 de la Sala Segunda (ordinario laboral de un grupo de “tías sustitutas” contra el PANI)

“De los fallos de la Sala Constitucional se desprende, a sensu, que el trabajo que puedan tener que realizar, fuera de su jornada ordinaria, y que sea distinto del que exige laborar solo en casos excepcionales y de urgencia, se ha de tener como trabajo efectivo y ser remunerado como jornada extraordinaria (...). Por lo demás, es notorio y evidente que esos menores no pueden estar sin la atención y vigilancia de una persona adulta responsable; actividad y vigilancia que, desde luego no son -ni pueden ser ejercidas- solo en casos excepcionales y de urgencia, sino, por el contrario, en forma frecuente o constante. En consecuencia, no cabe duda de que son ellas mismas quienes deben ejercer, y de hecho cumplen, esas indispensables tareas de atención y vigilancia constante de los infantes -entre otras muchas-, como práctica diaria, incluso después de las 18 horas,

una vez terminada su jornada ordinaria de 12 horas, sobre todo porque, de acuerdo con los propósitos de ese programa, el cual persigue reproducir ambientes familiares sustitutos, ellas no deben tener - ni tienen, de hecho- quién las sustituya, durante el resto del día, sino tan solo en sus días libres y otros casos excepcionales como vacaciones, feriados, licencias o incapacidades (...). En consecuencia, la Sala tiene por acreditado que, en la cotidianidad del trabajo y en su condición de "tías sustitutas", las actoras laboran en forma efectiva por encima de su jornada ordinaria laboral de 12 horas. Pese a que jurisprudencialmente se ha sostenido que, para efectos del pago de la jornada extraordinaria, el interesado debe acreditar el número de horas que fueron laboradas en forma efectiva por encima de la jornada ordinaria, existen casos excepcionales, como el presente, en que dichas horas se pueden -y deben- determinar con carácter equitativo y de acuerdo con los dictados del sentido común y la experiencia. No hay duda de que una jornada de 24 horas es materialmente imposible de cumplir (como lo indicó la Sala Constitucional en los votos citados); no obstante, tampoco cabe duda de que el trabajo de atención a los menores que realizan las tías sustitutas -así sea tan solo en el sentido de su cuidado y vigilancia- no es una labor que deban efectuar "solo en casos excepcionales y de urgencia" - la cual queda cubierta con el pago de la disponibilidad-, sino que es, por el contrario, una labor distinta, por su carácter frecuente y permanente. De acuerdo con las reglas de la lógica, la experiencia y el sentido común, es notorio y evidente que no todos los menores se duermen al mismo tiempo y que, si no todos, al menos algunos o uno, permanecen despiertos -o activos-, cuando menos, hasta las 21 horas (9 de la noche). De ahí que, en el caso bajo examen, se ha de entender que el trabajo de las tías sustitutas se extendió, forzosamente, por encima de su jornada ordinaria diaria, prolongándose, al menos, por 3 horas más, hasta las 21 horas, las cuales han de ser reconocidas y remuneradas como jornada extraordinaria".

2) PROCEDIMIENTO ANTE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CASO n.º12-609)

- a) Petición:** El 24 de agosto de 2003, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y el Sindicato de Empleados del Patronato Nacional de la Infancia (SEPI) presentaron la petición n.º712-03 y alegaron la responsabilidad de la República de Costa Rica por la violación, en perjuicio de la señora Elena Téllez Blanco (tía sustituta), de los artículos 5 (derecho a la integridad personal); 11 (protección de la honra y la dignidad); 17 (protección a la familia); 19 (derechos del niño); 24 (igualdad ante la ley, bajo el enfoque de una discriminación por razones de género) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento internacional (obligación de respetar los derechos) y el ordinal 7 de la Convención de Belém do Pará.
- b) Posición del Estado costarricense:** Adujo que el régimen excepcional de las "tías sustitutas" encontraba su justificación en el fin legítimo de velar por el interés superior de unos niños que se hallaban en especial condición de vulnerabilidad, por lo que no correspondía un régimen común de trabajo debido a la necesidad de mantener patrones de estabilidad emocional en beneficio de dichos menores.
- c) Informe de admisibilidad** (n.º29/07 del 26 de abril de 2007): Sin prejuzgar sobre el fondo del asunto, la Comisión concluyó que la petición resultaba admisible. A su juicio, los hechos expuestos podrían acarrear posibles violaciones al artículo 5 de la Convención Americana, pues la jornada a la que estaría sujeta la presunta víctima habría ocasionado su deterioro físico y mental.

Respecto a la conculcación del artículo 24 de la Convención, la Comisión acotó que podría caracterizarse una violación de dicho precepto en caso de probarse que el régimen al que estaba sujeta la señora Téllez Blanco tenía un impacto desproporcionado en la población femenina.

En cuanto al quebranto del numeral 25, se subrayó que no se invocaba por el mero hecho de que las demandas hubiesen desembocado en sentencias desfavorables a nivel interno, sino que se fundamentaba en la falta de disponibilidad de una protección efectiva por parte del Estado.

En lo que concierne al reclamo sobre los artículos 11, 17 y 19 de la Convención Americana y 7 de la Convención de Belém do Pará, la Comisión estimó que no existían suficientes elementos que les sustentaran lesiones a estos artículos.

Así, decidió continuar con el análisis de fondo relativo a la supuesta violación de los artículos 5, 24 y 25 de la Convención Americana, en concordancia con la obligación general de respetar y garantizar los derechos, prevista en los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento.

- d) Audiencia pública:** Tuvo lugar el 24 de marzo de 2009 (el video puede verse en la página web de la OEA).
- e) Etapas pendientes:** Falta ahora que la Comisión se ponga a disposición de las partes para encontrar una solución amistosa. De no conseguirse lo anterior, la Comisión preparará un informe preliminar y confidencial con sus conclusiones y recomendaciones para el Estado. Si este no las cumple en el plazo conferido, la Comisión tiene dos opciones: elaborar un informe definitivo y publicarlo en su informe anual, o bien, si se dan las condiciones fácticas y legales apropiadas, debe someter el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A) DERECHOS HUMANOS LABORALES Y MECANISMOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN

1) RELACIÓN ENTRE EL DERECHO LABORAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como indica MORGADO:

“los derechos humanos se basan en ciertos principios que constituyen el núcleo de los valores permanentes del ser humano. El trabajo, a su vez, es una expresión de la personalidad humana, por lo que todo lo concerniente a él forma parte de los derechos humanos”².

En palabras de PLÁ:

“la vinculación entre el Derecho del Trabajo con los Derechos Humanos es esencial por cuando la razón de ser del Derecho del Trabajo es la protección del ser humano que trabaja. A diferencia de otras disciplinas jurídicas que versan sobre bienes o sobre actividades, el Derecho del Trabajo busca la protección del ser humano en cuanto tal”³.

2. Morgado Valenzuela, Emilio. “Los Derechos Humanos y el Derecho del Trabajo”. En: Revista Debate Laboral. Año III, n.º 6, 1990, p.5.

3. Plá Rodríguez, Américo. “Los Derechos Humanos y el Derecho del Trabajo”. *Ibíd.*, p. 11.

Los derechos laborales han sido recogidos en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto universales (como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del mismo año) como regionales (por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y su Protocolo Adicional de San Salvador de 1988), dando lugar a una categoría jurídica especial en el derecho internacional: los “derechos humanos laborales”, entre los que cabe mencionar la prohibición del trabajo forzoso, el derecho de sindicación, la protección contra el desempleo, remuneración equitativa y satisfactoria, descanso semanal, vacaciones, seguridad e higiene en el trabajo, limitación de la jornada, etc.

Por otro lado, los derechos laborales tienen su expresión internacional fundamental en la Constitución de la OIT de 1919 y en los convenios y las recomendaciones adoptados por ese organismo.

2) MECANISMOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES

a) Sistema Universal de Derechos Humanos

Los derechos humanos son el eje central que unifica la labor de la ONU. Por lo tanto, diversas agencias y oficinas de las Naciones Unidas trabajan dentro de sus áreas específicas, e incluso, en conjunto, en favor de los derechos humanos. Entre ellas, destaca la OIT, que se encarga de promover y defender los derechos humanos de las personas trabajadoras; en otras palabras, configura el sistema universal especializado de los derechos humanos laborales.

La OIT no se ha limitado a reglamentar las condiciones materiales del trabajo, sino que ha buscado proteger ciertos valores fundamentales de libertad e igualdad y asegurar, al mismo tiempo, el bienestar y la dignidad de las personas trabajadoras.

Durante la 86ª Conferencia Internacional del Trabajo, la OIT aprobó la “Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento” de 1998, delineando un bloque mínimo de derechos humanos fundamentales por cuyo respeto universal, los Estados miembros asumieron el compromiso de garantizar su vigencia absoluta. Esta Declaración trata de la libertad sindical y la negociación colectiva, la eliminación de toda forma de trabajo forzoso, la abolición del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Los mecanismos de control con que cuenta la OIT son de dos tipos: el primero, fundado en la presentación de reclamaciones y quejas por incumplimiento de convenios; y, en segundo lugar, el de quejas por violación a la libertad sindical.

Sin embargo, la finalidad de la OIT es promover el respeto de los derechos laborales, no castigar las omisiones, por lo que sus resoluciones no son vinculantes. Aun así, no puede negarse que la persuasión moral que ejerce dicho organismo internacional, mediante sus recomendaciones y conclusiones y la publicación de sus informes, puede funcionar como un acicate poderoso para el cumplimiento de las obligaciones internacionalmente contraídas por los Estados.

b) Sistema Interamericano de Derechos Humanos

i) La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador).

Adoptada en la Conferencia Americana de Río de Janeiro de 1947.

Se inicia declarando que los principios fundamentales recogidos en su texto deben amparar a todos los trabajadores, y constituyen un mínimo de derechos. También establece el principio de igualdad entre los sexos. Asimismo, reconoce el principio de progresividad (artículo 1).

En el artículo 2, se consagran cinco principios básicos:

- * El trabajo es una función social, goza de la protección especial del Estado y no debe considerarse como artículo de comercio.
- * Todo trabajador debe tener la posibilidad de una existencia digna y el derecho a condiciones justas en el desarrollo de su actividad.
- * Tanto el trabajo intelectual como el técnico y el manual deben gozar de las garantías que consagre la legislación del trabajo, con las distinciones que provengan de las modalidades en su aplicación.
- * A trabajo igual debe corresponder igual remuneración, cualesquiera que sean el sexo, raza, credo o nacionalidad del trabajador.
- * Los derechos reconocidos a favor de los trabajadores no son renunciables, y las leyes que los reconocen obligan y benefician a todos los habitantes del territorio, ya sean nacionales o extranjeros.

En el plano individual, se enumeran estos derechos: la libertad de trabajo (artículo 3), la educación para el trabajo (artículo 4), el salario mínimo (artículo 8), la prima anual (artículo 9), la inembargabilidad de las remuneraciones (artículo 10), la jornada ordinaria de 8 horas diarias o 48 semanales (artículo 12), la remuneración extraordinaria (artículo 12), el descanso semanal (artículo 13), el descanso en feriados (artículo 14), las vacaciones anuales pagadas (artículo 15) y la estabilidad laboral relativa (artículo 19).

En cuanto a los derechos colectivos, aparecen: la regulación de los convenios colectivos (artículo 7), la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa (artículo 11), la libertad sindical (artículo 26), el fuero sindical (artículo 26) y la huelga (artículo 27). Asimismo, la Carta establece el derecho a la higiene y la seguridad en el trabajo (artículo 30) y el seguro social obligatorio (artículo 31). También regula las condiciones laborales de sectores especiales de trabajadores, tales como: menores (artículos 16 y 17), mujeres (artículos 18 y 33) y empleados públicos (artículo 24). Incluye también disposiciones sobre el trabajo a domicilio (artículo 21), trabajo doméstico (artículo 22), trabajo de la marina mercante y de la aeronáutica (artículo 23), trabajadores intelectuales (artículo 25) y trabajo rural (artículo 38). Finalmente, el texto recomienda que los Estados constituyan un servicio de inspección de trabajo (artículo 35), una jurisdicción laboral (artículo 36) y que promuevan los medios de solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo (artículo 37).

Si bien la Carta Americana de Garantías Sociales no tiene carácter obligatorio, ello no menoscaba su relevancia, pues se trata de un instrumento internacional que inspira a los ordenamientos internos de los Estados americanos para que se enmarquen dentro de esa filosofía.

ii) La Carta de la Organización de los Estados Americanos

La Organización de Estados Americanos se constituyó en 1948 durante la reunión de Bogotá y entró en funcionamiento en diciembre de 1951.

La Carta de la OEA ha sido reformada en cuatro ocasiones. El Protocolo de Buenos Aires de 1967 incluyó el Capítulo VII sobre Desarrollo Integral, en el que se ubican los artículos que recogen los derechos laborales.

Así, en el artículo 34 se contemplan como metas básicas los salarios justos y las oportunidades de empleo y las condiciones de trabajo aceptables para todas las personas. Asimismo, el artículo 45 estatuye que el trabajo es un derecho y un deber social (inciso b); dispone el derecho a la asociación sindical, a la negociación colectiva y a la huelga; el reconocimiento de la personería jurídica de estas asociaciones y la protección de su libertad e independencia (inciso c); y el desarrollo de una política eficiente de seguridad social (inciso h).

La Carta de la OEA no solo es un tratado de constitución de un organismo internacional, sino también recoge un puñado de derechos que resultan obligatorios para los Estados que lo conforman.

iii) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Se adoptó simultáneamente a la constitución de la OEA, en 1948.

Los derechos laborales allí consignados son: derecho al trabajo y a una justa retribución (artículo XIV), al descanso y a su aprovechamiento (artículo XV), a la seguridad social (artículo XVI) y a la asociación, incluyendo la sindical (artículo XXII).

En el plano de los deberes, el artículo XXXVIII estipula el deber de trabajar a fin de obtener los recursos para la subsistencia o en beneficio de la comunidad.

Existe una falta de consenso en cuanto a la posibilidad de aplicar la Declaración en la resolución de casos concretos, tomando en cuenta que no es un tratado. Algunos Estados y una parte de la doctrina sostienen que la Declaración no puede ser fuente de obligaciones internacionales, ya que carece de efectos vinculantes, dado que no sufrió el proceso de firma y posterior ratificación.

La Corte Interamericana externó en su opinión consultiva n.º 10 que si bien la Declaración no es un tratado, sí constituía una fuente de obligaciones internacionales. Sin embargo, no se esclareció en esa oportunidad la posibilidad de aplicarla directamente en la decisión de casos.

iv) La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José)

Fue adoptada en la ciudad de San José, el 22 de noviembre de 1969 y entró en vigencia el 18 de julio de 1978.

Reconoce un listado de derechos humanos, especialmente en la categoría de derechos civiles y políticos, por considerarse cuando se redactó que los derechos económicos, sociales y culturales ya habían sido incorporados en la Carta de la OEA. El tratamiento normativo que se realiza de estos últimos se ubica en el artículo 26, el cual se refiere al concepto de desarrollo progresivo.

Pero, no todos los derechos sociales pueden ser identificados como derechos prestacionales. Un ejemplo tradicional son los derechos de sindicación y huelga, los cuales forman parte del elenco de los derechos sociales; sin embargo no requieren de una prestación del Estado. Ello explica por qué algunos derechos laborales están expresamente recogidos en la Convención Americana. Muestra de lo anterior es la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzoso (artículo 6), y la libertad de asociación para varios fines, entre ellos, los laborales (artículo 16).

En cuanto a los mecanismos de protección, el artículo 33 manifiesta:

“Son competentes para conocer los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención: a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

Por su parte, el numeral 44 se le indica:

“Cualquier persona o grupos de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.”

Finalmente, el ordinal 61 dispone:

“1. Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho someter un caso a la decisión de la Corte. 2. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50”.

A diferencia de lo que acontece con la OIT, los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son de obligado cumplimiento para los países sometidos a su jurisdicción.

v) Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)

Fue adoptado el 17 de noviembre de 1988 y entró a regir el 16 de noviembre de 1999. La carencia ya evidenciada en la redacción de la Convención Americana por la ausencia de derechos económicos, sociales y culturales, provocó la necesidad de elaborar un instrumento complementario sobre la materia.

Recoge en el ámbito individual los siguientes derechos laborales: al trabajo (artículo 6), condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo (artículo 7), remuneración mínima (inciso a del artículo 7); libertad de trabajo (inciso b del artículo 7); promoción en el empleo (inciso c del artículo 7); estabilidad laboral (inciso d del artículo 7); seguridad e higiene en el trabajo (inciso e del artículo 7); prohibición del trabajo nocturno o en labores insalubres o peligrosas para los menores de 18 años (inciso f del artículo 7); prohibición de trabajos que pongan en peligro la salud, seguridad o moral de menores de 16 años (inciso f del artículo 7); limitación de la jornada (inciso g del artículo 7); derecho al descanso (inciso h del artículo 7); vacaciones pagadas (inciso h del artículo 7); días feriados (inciso h del artículo 7) y seguridad social (artículo 9).

En el caso de los derechos colectivos, el Protocolo reconoce los derechos sindicales en el artículo 8 y exige que los Estados garanticen el derecho a organizar sindicatos (inciso a del numeral 1); el derecho a la huelga (inciso b del numeral 2) y el de libre sindicación (numeral 3). También el Protocolo señala los medios de protección de los derechos recogidos en su texto. Para ello, se establece el mecanismo de denuncia ante la Comisión y, eventualmente, el sometimiento ante la Corte por los casos de violación a la libertad sindical o al derecho a la educación. Así, el artículo 19, inciso 6, preceptúa:

“En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado Parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

Junto a este procedimiento de control, el mismo artículo 19, en su inciso 7, indica:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos podrá formular las observaciones y recomendaciones que considere pertinentes sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales establecidos en el presente Protocolo en todos o en algunos de los Estados Partes, las que podrá incluir en el Informe Anual a la Asamblea General o en un Informe Especial, según lo considere más apropiado”.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Antes que todo resulta importante advertir que este estudio se centra en un enfoque meramente laboral y no tanto en la perspectiva de la discriminación por razones de género, que es otro fuerte componente de la denuncia presentada contra Costa Rica.

Es interesante hacer notar que, pesar de tratarse de un conflicto típicamente laboral, los derechos, cuya violación se acusa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no son propiamente de índole laboral (por ejemplo jornada, descanso, etc., los cuales son derechos humanos laborales según lo anteriormente expuesto), sino que se ubican en un marco más general de los derechos humanos -como es el caso de la integridad personal, la igualdad ante la ley, la protección de la familia y la tutela judicial efectiva-, lo que implica que existen otros derechos humanos que bien pueden estar presentes en las relaciones laborales y no solo los derechos humanos laborales.

Este planteamiento ante la Comisión (en el sentido de alegar la conculcación de derechos civiles y no económicos, sociales y culturales) se explica por cuestiones de estrategia, debido a lo ya explicado supra sobre la limitación de la competencia contenida en el artículo 19, inciso 6, del Protocolo de San Salvador:

“En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado Parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

El inciso a del artículo 8 del Protocolo se refiere a algunos derechos sindicales, y, el 13, al derecho a la educación, ya que únicamente en esos supuestos, opera el sistema de peticiones individuales. Es decir, queda por fuera el artículo 7 del Protocolo, donde se encuentran regulados los derechos laborales a la jornada y al descanso, los cuales son el meollo del asunto. Dada esta restricción, se hizo necesario formular la petición sobre la base de la violación de los derechos civiles ya mencionados⁴.

Extrañamente, la Comisión declaró inadmisibile lo referente a la infracción del derecho de protección a la familia (artículo 17 de la Convención Americana). Sin embargo, es de esperar que si el caso llega a ser remitido a la Corte Interamericana, las personas representantes de la víctima insistirán en el quebranto de este derecho (cabe aclarar que, en el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas que las víctimas presentan de manera independiente ante la Corte, se puede ampliar o modificar el elenco de derechos violados efectuado por la Comisión; lo que no se puede variar son los hechos), ya que el régimen descrito mantiene a las “tías” alejadas de sus hogares, dándose la irónica contradicción de que, por tutelar a los y las jóvenes que residen en los albergues, se priva a las “tías” de la posibilidad de convivir normalmente con sus propios hijos e hijas.

El Gobierno costarricense ha aducido que el régimen laboral excepcional de estas señoras se justifica en aras de la estabilidad emocional de los y las menores en situación de vulnerabilidad que viven en los refugios, a quienes el Estado se encuentra en la obligación de proteger de conformidad con la Convención de los Derechos del Niño.

Según el Estado, como esos niños, niñas y adolescentes ya han sufrido un desarraigo familiar, se hace imperativo garantizarles vínculos afectivos duraderos con las personas que los cuidan. Este fin, sin duda, es loable, pero no existe proporcionalidad en el sacrificio que se les exige a las “tías sustitutas”, ya que no se les permite disfrutar a cabalidad de una vida familiar propia ni desarrollar a plenitud su proyecto de vida, pues no les quedan espacios suficientes para realizar actividades educativas, culturales, etc. No es razonable que, por salvaguardar unos derechos humanos (de las y los menores abandonados), se irrespeten otros (los de las “tías sustitutas”). Bien podría idearse algún otro mecanismo para atender el urgente requerimiento social que apunta el Estado.

En cuanto a la vulneración del derecho a la integridad personal, los peticionarios aportaron dictámenes médicos para acreditar el estrés por fatiga laboral que aquejaba a las “tías” (el cual les ocasiona síntomas físicos, tales como: dolores de cabeza y de espalda, mareos, hipertensión, interrupción de los patrones de sueño, etc.), por tener que lidiar con un promedio de diez infantes por recinto, algunos con serios trastornos de conducta, otros recién nacidos e, incluso, discapacitados, a quienes las “tías” no solamente debían atender (suministrarles medicamentos, apoyarles con los deberes escolares, etc.), sino también debían encargarse de todas las tareas domésticas.

Llama poderosamente la atención que la Sala Constitucional equiparara las funciones de las “tías” con las de una madre (lo que, según sus palabras, era un oficio de todos los días y de todas las horas), olvidando que se trataba de simples trabajadoras y que, en los tiempos actuales, la mayoría de las madres biológicas no enfrentan una tarea tan ardua como la de las “tías”, dadas las bajas tasas de natalidad que caracterizan a la sociedad en que vivimos.

4. Para conocer otras estrategias a la hora de litigar en defensa de derechos laborales en el ámbito interamericano, puede consultarse el manual titulado “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales y el sistema interamericano”, publicado por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), San José, 2005.

En otro orden de ideas, es innegable que estas servidoras no recibieron una tutela judicial efectiva en su país, porque el sobresueldo por 12 horas de “disponibilidad” (de 6 de la tarde a 6 de la mañana) reconocido por la Sala Constitucional se basó en una premisa errónea, desde la óptica del derecho laboral, pues en esta rama del derecho, la figura de la disponibilidad hace referencia a “*un régimen que obliga al servidor a estar expectante y localizable en cualquier momento para realizar labores extraordinarias, si así se le requiere de acuerdo con las necesidades de la parte empleadora*” (voto n.º 442-02 de la Sala Segunda). Aquí la palabra clave es “localizable”, lo que significa que la persona trabajadora no está obligada a permanecer en el lugar de trabajo durante el tiempo de disponibilidad, pudiendo utilizar su tiempo libre como le plazca, a menos que sea llamada por el patrono. Además, la disponibilidad cobra sentido a partir de la idea de la eventualidad u ocasionalidad de los servicios, lo que no se ajusta a las condiciones en que laboran las “tías”.

Tampoco el fallo de la Sala Segunda tuvo la virtud de solucionar adecuadamente la situación de dichas funcionarias (si bien la resolución se dictó dentro del marco de lo pretendido en la demanda), pues era evidente que la explotación laboral descrita no se remediaba con el mero pago de horas extra.

En resumen, estamos ante una grave violación de los derechos humanos, cometida directamente por el Estado costarricense, en su posición de empleador (ya que el PANI es una institución pública). Entre las reparaciones que eventualmente podría ordenar la Corte Interamericana, está no solo una indemnización para la víctima, sino también la reforma del régimen laboral de las “tías” a modo de garantía de no repetición, lo que beneficiaría no solo a la señora Téllez Blanco, sino también a todas las “tías sustitutas” que trabajan para el Patronato.

Bibliografía

Morgado Valenzuela, Emilio. “Los Derechos Humanos y el Derecho del Trabajo”. En: Revista Debate Laboral. Año III, n.º 6, 1990.

Plá Rodríguez, Américo. “Los Derechos Humanos y el Derecho del Trabajo”. En: Revista Debate Laboral. Año III, n.º 6, 1990.

Asamblea Legislativa (2009). *Acta de la sesión ordinaria n.º 10*. San José, Costa Rica: Expediente legislativo 16.269.
Corte Plena. *Acta de la Corte Plena n.º 027-97 del 18 de agosto de 1997*. Artículo XXXI. San José, Costa Rica: Corte Suprema de Justicia.

Expediente legislativo del proyecto de Ley de Código Penal (1971). San José, Costa Rica: Asamblea Legislativa.

Expediente legislativo del proyecto de Ley de Código Procesal Penal (1998). San José, Costa Rica: Asamblea Legislativa.

