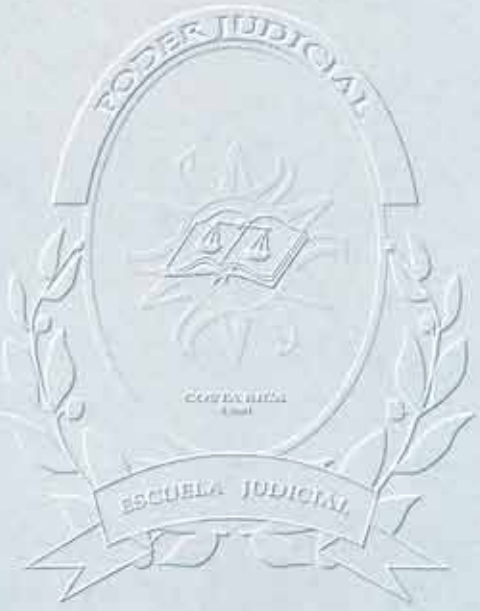
REVISTA

ESCUELA JUDICIAL



(2-8

REVISTA NÚMERO 1 MAYO - 2001 ISSN1409-4347

REVISTA

ESCUELA JUDICIAL

REVISTA NÚMERO 1 **MAYO - 2001**

Coordinador: Lic. Otto González Vílchez, Escuela Judicial
Corrección de pruebas: Adrián Alfaro Obando, Escuela Judicial
Diagramación e impresión: OFIPRINT S.A.

El contenido de los artículos publicados es responsabilidad de su autor y no necesariamente reflejan la opinión del Director o de la Escuela Judicial.

Hecho el depósito de Ley.
Reservados todos los derechos.

ADVERTENCIA
De conformidad con la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos es prohibida la reproducción, transmisión, grabación, filmación total o parcial del contenido de esta publicación mediante la aplicación de cualquier sistema de reproducción, incluyendo el fotocopiado. La violación a esta ley por parte de cualquier persona física o jurídica, será sancionada penalmente. Esta revista fue producida sin fines de lucro. Está prohibida su venta.

Poder Judicial, Escuela Judicial
Teléfono: 295-3340, Fax: 222-7992
San José, Costa Rica
2001

ÍNDICE

PRESENTACIÓN
Dr. Alfredo Chirino Sánchez 5

ARTÍCULOS INFORMATIVOS SOBRE PROGRAMAS DE LA ESCUELA JUDICIAL 7
Capacitación a distancia: Una experiencia piloto
Licda. Ana Tristán Sánchez 9

ARTÍCULOS SOBRE DOCTRINA NACIONAL 19
El papel del Ministerio Público en el proceso de conciliación
Licda. Ileana Guillén Rodríguez 21

La explotación sexual de las personas menores de edad en Costa Rica
Licda. Lílliam Gómez Mora 27

Derecho a la maternidad y paternidad en la Legislación Laboral centroamericana
Máster Rodrigo Jiménez Sandoval 35

Una nueva dimensión del debido proceso a través de la Conciliación Judicial
Lic. Luis Alfonso González Vargas 41

A propósito de la prescripción de la acción penal
Lic. Jorge Chacón Laurito 47

Los nombramientos interinos de docentes en la jurisprudencia constitucional
Lic. Jimmy Bolaños González 49

El "Renacimiento" del Proceso Penal. Notas en torno a su privatización
Lic. Érick Gatgens Gómez 57

RECOMENDACIONES APROBADAS POR EL CONSEJO DIRECTIVO DE LA ESCUELA JUDICIAL DURANTE EL AÑO 2000 89

SESIÓN N°04-00 93
Violación del principio "Non Bis in Idem" entre la competencia de Tránsito y la competencia Penal. Posibilidad del Ministerio Público de solicitar la remisión de expedientes a los juzgados de tránsito.

SESIÓN N°04-00 97
Interpretación del artículo 148 del Código Procesal Cívil. Hora Judicial para llevar a cabo actuaciones judiciales.

SESIÓN N°05-00 103
Efectos de la nulidad de la sentencia o del acta de debate prescripción en materia penal.

SESIÓN N°05-00 106
Análisis de la posibilidad de realizar allanamientos en materia contravencional.

SESIÓN N°12-00 110
Anulación de sentencias por parte del mismo juez que las dictó, encontrándose firmes, con fundamento en acuerdo del Consejo Superior.

DIRECTRICES DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE NOTARIADO 113
Directrices 1998 115
Directrices 1999 119

Presentación

Presentamos a las compañeras y compañeros del Poder Judicial este primer número de la Revista de la Escuela Judicial, que viene a constituir un paso más por cimentar el nuevo perfil de nuestra querida institución hacia la investigación y la reflexión jurídica.

Resulta indudable que parte fundamental del trabajo de una Escuela Judicial es, precisamente, la reflexión acerca de los problemas que aquejan a la Administración de Justicia en todos sus ámbitos competenciales, no solo para expresar esa vinculación con el quehacer de la aplicación del Derecho, sino también para indicar los derroteros que nos inspiran en el desarrollo de los esfuerzos de capacitación.

Se ha dicho, en más de una ocasión, que la Escuela Judicial debe acompañar el proceso de reforma judicial, y para hacerlo no puede mantenerse en un inmovilismo o en una actitud acrítica frente al acontecer científico, mucho menos en las coyunturas de cambio que actualmente vive el país y el mundo. Es por ello que se debe estimular el estudio de diferentes campos jurídicos, sobre todo, aquellos que manifiestan una mayor necesidad de discusión y análisis por su evidente papel protagónico en todos los cambios que se están gestando.

Creemos que la Escuela Judicial ha creado a su alrededor un rico terreno para sembrar esta semilla de la ciencia, no solo por su equipo docente de gran renombre y reconocida solvencia profesional y humana, sino también por el equipo con el que cuenta nuestra institución, conformado por un personal joven, inteligente y lleno de mística, que con gran sacrificio ha iniciado un camino de publicaciones de gran calidad en los diferentes ámbitos de trabajo de la Escuela Judicial. Este inmenso valor agregado de nuestro trabajo debe traducirse ya en una publicación periódica, que lleve hasta la institución y al foro nacional las inquietudes y problemas que cotidianamente se viven en el trabajo de resolución de conflictos en sede jurisdiccional y enlazar comunicación con la comunidad jurídica en la búsqueda de las mejores soluciones para estos asuntos.

Como instrumento de expresión de ideas y de información, esta revista es también un elemento indispensable para coadyuvar en el mejoramiento de los procesos y afinamiento de las técnicas y prácticas institucionales, de manera que se realice el acompañamiento deseado de todo el proceso de cambio y reforma judicial. Es aquí donde destaca entonces nuestro esfuerzo por escoger temas punta para el quehacer jurisdiccional y propiciar su más amplio debate.

Debe indicarse que esta revista no pretende sustituir a otras publicaciones que en el mismo seno del Poder Judicial están buscando la luz pública, como el excelente proyecto de Revista de la Defensa Pública, o medios de difusión científica de larga trayectoria y de enorme prestigio como la misma Revista Judicial, sino que es más bien un foro aparte, que pretende apoyar nuestros esfuerzos por llevar la capacitación a todas las regiones del país, aportando materiales e informaciones que puedan ser de su interés, con la vocación de transformarse, en algún momento, en un instrumento que pueda aprovechar los nuevos medios tecnológicos de comunicación judicial como la Intranet. Es por ello que creemos que la Revista de la Escuela Judicial será un órgano informativo que realice muchos de los objetivos que perseguimos con ahínco en la actualidad, entre los que destaca, sobre todos, el de coadyuvar a la misión institucional de nuestro Poder Judicial.

Este primer número es un hijo de su tiempo, creado durante unas circunstancias de incertidumbre y cambio, llenas de retos y de trabajo, lo que es un símbolo claro del profundo proceso de autorreflexión que se manifiesta en algunos de los textos escogidos y en las noticias y mensajes de esperanza que se incluyen. El modelo de futuro que estamos construyendo tiene líneas definidas y claras; esta Revista es un engranaje más de la infraestructura que hará posible ese futuro.

La Revista se encuentra dividida básicamente en tres secciones: Una primera sección en la que se esbozan los programas en los que trabaja la Escuela y sus objetivos futuros. En la segunda sección se incorpora doctrina nacional, con la perspectiva de agregar también doctrina internacional, sobre diversos temas de interés actual y, finalmente, una tercera sección dedicada al estudio de criterios jurisprudenciales y evacuación de consultas que se hayan formulado a la Escuela.

En este primer ejemplar, en su sección primera, la Escuela Judicial presenta un artículo de la licenciada Ana Tristán, en el que se expone la aplicación que la Escuela da, como plan piloto, a la Capacitación a Distancia. Este modelo de capacitación supone un mayor nivel de especialización de los educadores que participan en él, y una estructura organizativa que posibilite la ejecución de una serie de procesos. Todos estos elementos dan una mayor garantía para el cumplimiento de los importantes fines de la capacitación en el ámbito de la Administración de Justicia. Para adaptar estas novedosas metodologías, la Escuela Judicial ha implantado una serie de modificaciones en sus procesos, tales como la realización de diagnósticos para determinar el tipo de cursos y temas que conviene abarcar, y el diseño curricular de todas las actividades, incluyendo la evaluación y la preparación de materiales que se adecuen a las necesidades de la capacitación de adultos, entre otros. Un excelente ejemplo de los cambios que hemos introducido, desde el año pasado, lo constituye la totalmente nueva metodología de capacitación a

distancia, implementada en el curso de formación de auxiliares judiciales.

En la sección segunda de la revista se han elegido siete artículos de doctrina nacional que corresponden a temas de interés actual. El primer artículo, de la licenciada Ileana Guillén, plantea la participación del Ministerio Público en el proceso de conciliación como titular del ejercicio de la acción penal pública y su deber de constituirse en consejero de la víctima y de vigilar que el acuerdo se dé en condiciones de igualdad entre las partes. De otra forma, su no participación en este proceso se consolidaría como una violación al derecho de defensa.

En un segundo artículo, escrito por la Licda. Lílliam Gómez, encontramos un tema de gran trascendencia en nuestro medio como es la explotación sexual de personas menores de edad en nuestro país. Se abordan los múltiples esfuerzos legales para la protección de los menores por parte del Estado, analizando los cambios efectuados en el Poder Judicial con la creación de la Fiscalía contra Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar.

Siguiendo el orden de exposición, el máster Rodrigo Jiménez, presenta un estudio en el campo del Derecho Laboral, cual es el derecho a la maternidad y paternidad en esta rama, enfocando la importancia que debe dar el legislador a la detección y neutralización de situaciones o comportamientos discriminatorios que sean barreras a la igualdad de oportunidades. Se resalta en este artículo la importancia de que el legislador proteja la maternidad desde varios aspectos como son: la prohibición de faenas perjudiciales para el período de gestación, la regulación de las jornadas laborales, que se brinden buenos servicios de salud reproductiva, la estabilidad laboral y el derecho a la lactancia.

El cuarto artículo es del licenciado Luis Alfonso González, acerca de la nueva dimensión del debido proceso a través de la conciliación judicial y la importancia de que se plasme como un sistema integral de educación que aplique un programa de justicia que exalte la dignidad humana y enfoque al hombre como un sujeto de derechos y obligaciones constitucionales. Se hace manifiesta la necesidad de que la Administración de Justicia propicie técnicas de facilitación y comunicación con el fin de lograr soluciones negociadas satisfactorias para la decisión oficial.

El quinto artículo, escrito por el licenciado Jorge Chacón, está dedicado a la prescripción de la Acción Penal, fundamentalmente analizada como norma instrumental, que según su planteamiento no puede confundirse con las normas sustantivas, criterio este que sin duda forma parte de un intenso debate que se empieza a desarrollar en Costa Rica sobre la naturaleza jurídica de la prescripción y sus consecuencias en relación con los criterios de favorabilidad y la interpretación de las diversas constelaciones de casos generadas por los transitorios del Código Procesal Penal de 1996. El Lic. Chacón llama principalmente la atención acerca de la forma en que debe enfrentar se el tema de la prescripción en aquellos procesos iniciados con el Código de Procedimientos Penales de 1973, que no contaban aún con auto de elevación a juicio para la fecha de entrada en vigencia de la nueva legislación adjetiva, lo cual, según el Juez Chacón, se viene a solucionar con el transitorio segundo del nuevo Código, siguiendo el criterio expresado en algunas sentencias del Tribunal de Casación.

En el sexto artículo, del Lic. Jimmy Bolaños, se presenta un interesante estudio sobre los nombramientos interinos de docentes dentro del marco de la jurisprudencia constitucional. Este análisis se centra en la limitación que se ha venido dando respecto de la facultad discrecional de la Administración Pública de nombrar y remover libremente a los servidores públicos.

El último ensayo es una muy interesante investigación del Lic. Érick Gatgens sobre la privatización del Derecho Penal y Procesal Penal. Reflexiona el Lic. Gatgens sobre los aspectos negativos y positivos de estos cambios a partir de la figura del imputado en el proceso penal. Postula que la función tradicional del acusado ha enfrentado toda una serie de cambios al tener que conciliarse con los fines político-criminales de un grupo de institutos novedosos, que le conceden primacía a los intereses particulares y posibilitan acuerdos víctima-imputado que han transformado profundamente el sentido tradicional del proceso penal y han abierto sendas insospechadas al desarrollo futuro del proceso penal moderno, vinculado más que nunca a una difícil relación entre el Derecho Privado y los fines públicos de la persecución penal. Sin duda, una investigación que aporta muchas luces para la discusión actual sobre el proceso penal "eficiente" que se han venido publicando en el país en el último tiempo.

Finalmente, la revista, en su tercera sección, contiene una compilación de recomendaciones aprobadas por el Consejo Directivo de la Escuela sobre las consultas que se le han formulado durante el año pasado; entre otras, la violación del principio "Non Bis In Idem" entre la competencia de tránsito y la competencia penal y la forma de interpretación del artículo 148 del Código Procesal Civil. Para acabar, se incorporan en este número las directrices de la Dirección Nacional de Notariado de los años 1998 a 1999.

Esperamos que este primer número sea recibido con entusiasmo por los colegas del Poder Judicial y nos enriquezcan con sus ideas y aportes, de tal manera que podamos ir creciendo y mejorando para alcanzar esa acariciada meta que nos alienta que es diseñar cada vez mejores medios de capacitación y un acompañamiento cercano de todos los procesos de cambio que sufre el Poder Judicial, por el bien de la institución y del país.

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Director de la Escuela Judicial

ARTÍCULOS INFORMATIVOS SOBRE PROGRAMAS DE LA ESCUELA JUDICIAL

ARTÍCULOS INFORMATIVOS SOBRE PROGRAMAS DE LA ESCUELA JUDICIAL

CAPACITACIÓN A DISTANCIA: UNA EXPERIENCIA PILOTO

Licda. Ana Tristán Sánchez
Especialista en Educación

Introducción

Desde hace varios años, la Escuela Judicial tomó la decisión de ofrecer capacitación a distancia fundamentada en dos razones principales:

- el alto costo que representa las suplencias de quienes participan en los cursos presenciales y,

- el retraso que se produce en los despachos judiciales por la participación de los titulares, pese a que se les nombra suplentes.

Muchas inquietudes han surgido desde los primeros días en que se comenzó a hablar acerca de esta modalidad, en parte motivadas por su desconocimiento y en parte porque existía conciencia de las dificultades que conlleva la utilización de esta metodología. Algunas de estas inquietudes han sido:

- ¿El Derecho se puede ofrecer a distancia?
- ¿Está la Escuela Judicial preparada?
- ¿Están preparados los usuarios? ¿Están interesados?
- ¿Qué tipo de conocimientos, habilidades, destrezas y actitudes se pueden cubrir a distancia?
- ¿Qué cursos se pueden ofrecer a distancia?
- ¿Qué sucede con los cursos prácticos?
- ¿Por qué capacitar a distancia?
- ¿Qué sucederá con los cursos presenciales?
- ¿Todos los cursos serán a distancia?

Costa Rica tiene la ventaja de contar con la Universidad Estatal a Distancia (UNED-CR), que se convierte, en definitiva, en toda una escuela para aquellos que quieren incursionar en este campo. En ese sentido, la Escuela Judicial puede utilizar los conocimientos generados por la experiencia de la UNED-CR, sus aciertos y desaciertos, y crear un sistema ajustado a las características particulares del Poder Judicial y de las necesidades específicas de los usuarios de los cursos que ofrece la Escuela.

En este artículo presentaremos algunos elementos conceptuales acerca de la capacitación a distancia, ideas acerca de su implementación en la Escuela Judicial y una descripción de la experiencia piloto que ya está en marcha: el Programa de Formación a Distancia para Auxiliares Judiciales.

¿Qué es la educación a distancia?

Para comprender mejor qué significa el estudio a distancia, es importante contrastarlo con lo que ha sido la experiencia de todas las personas que han realizado algún tipo de estudio. Lo que más destaca, es la presencia de un educador, llámese maestra, maestro, profesor o profesora. Su rasgo distintivo es que es la persona encargada de impartir lecciones, enseñar, brindar sus conocimientos a los estudiantes, posibilitar el desarrollo de habilidades, entre otras cualidades.

¿Qué sucede en la educación a distancia? El docente no es quien se encarga de transmitir los contenidos (por exposiciones propias o apoyado en escritos de diversos autores) o de posibilitar el desarrollo de conocimientos mediante la aplicación de diversas estrategias de aprendizaje, sino que esa función se le traslada a los materiales didácticos: escritos, audiovisuales y, actualmente, por medio del uso de la computadora (vía Internet, CD ROM, programas multimediales, etc.); asimismo, se organizan diversas actividades que, generalmente, de manera independiente debe realizar el estudiante (tareas, proyectos de investigación, etc.).

Este es el rasgo principal, pero no hay duda de que existen otras características que diferencian a la educación a distancia de la presencial. Mencionamos algunas de ellas:

- La función docente queda diluida en un equipo amplio de profesionales: diseñadores curriculares, productores de medios escritos, audiovisuales y otros, especialistas en contenido, autores, evaluadores, tutores, etc. A cada uno de ellos le corresponde hacer su aporte

durante el proceso de diseño, producción y ejecución de los cursos. En educación presencial, la responsabilidad principal recae en un docente: diseñar el curso, preparar los materiales, confeccionar las pruebas de evaluación, impartir clases, calificar, etc.

- La comunicación queda diferida en el tiempo y en el espacio: anticipadamente se elaboran los contenidos (antes de que se impartan) y el estudiante los recibe y los asimila en un lugar que no es el aula (puede ser en su casa, oficina, biblioteca, etc.). Acorde con esto, el estudiante a distancia se prepara de manera autónoma, aunque cuente con algunos recursos de apoyo, como las tutorías. En educación presencial, el profesor transmite los conocimientos en el mismo tiempo y lugar.

- La educación a distancia utiliza diversos códigos de comunicación: anticipadamente los propios de los sistemas escritos, audiovisuales, electrónicos, etc. En educación presencial, el fundamental sigue siendo el oral, acompañado de gestos no verbales por parte del docente.

- Los encuentros presenciales son, por lo general, de asistencia voluntaria. En ellos, fundamentalmente, el tutor o tutora resuelve las dudas a los participantes, producto de la lectura de los materiales didácticos, luego de lo cual lo apoya motivándolo para el estudio, su permanencia en la institución, técnicas de estudio, entre otras. En educación presencial, la asistencia a las sesiones presenciales (lecciones, clases...) es obligatoria, por cuanto allí se transmiten los principales contenidos y se dan orientaciones acerca de lecturas y trabajos por realizar.

- Característica esencial es el concepto de "estudio independiente". Por sí solo, el estudiante asume la responsabilidad de su aprendizaje. Aunque cuenta con el apoyo de la institución por medio de tutorías (presenciales, telefónicas y electrónicas), es él quien debe organizar su estudio y utilizar diversas estrategias que le permitan asimilar los contenidos: escoge el horario que mejor se adapte a sus condiciones laborales, familiares y a su estilo de aprendizaje, el lugar de estudio, el número de cursos que puede llevar simultáneamente, etc. Cualidades como la autonomía, la disciplina, la creatividad, la constancia, entre otras similares, son indispensables para el éxito.

- La planificación de los cursos tiene una mayor exigencia en la educación a distancia; generalmente se debe disponer de un lapso entre 12 a 24 meses, sobre todo por la producción de los materiales y el planeamiento de la ejecución de los cursos, en diversos lugares del país; asimismo, exige una gran inversión inicial, sobre todo por los requerimientos de la producción de materiales escritos, audiovisuales y electrónicos.

Hechas estas consideraciones, es necesario preguntarse, qué aspectos debe considerar la Escuela Judicial para entrar de lleno en la capacitación a distancia, particularmente en lo que se refiere a la disponibilidad y organización del recurso humano, tema que presentamos seguidamente como una propuesta sujeta a discusión.

Una Escuela Judicial a distancia

Anteriormente se indicó que durante el proceso de diseño y producción participan diversos especialistas: diseñadores, autores, técnicos, etc. Se debe agregar también a quienes tienen como función coordinar todos estos procesos.

Años atrás, la Escuela Judicial ofrecía sus cursos contando con la participación de: un docente (o un grupo de docentes), un coordinador del curso (el abogado asistente) y un auxiliar judicial que apoyaba una serie de aspectos logísticos (cierta correspondencia, llevar el libro de asistencia, convocatorias, etc.). Para definir el curso, se le pedía al docente que preparara un listado de los principales objetivos y contenidos con indicación del material que requería (generalmente fotocopia de algunos artículos, jurisprudencia, casos, entre otros). Llegado el momento, impartía el curso contando con el apoyo del abogado asistente y del auxiliar en aquello que necesitara (equipo, otros materiales, etc.). Usualmente la metodología utilizada era la expositiva.

Recientemente, la Escuela Judicial ha ido introduciendo una serie de variantes; en primer término, se apoya más en la realización de diagnósticos para la determinación del tipo de cursos requeridos y los temas por abarcar. Además, ha dado más importancia al diseño curricular de los cursos, en los cuales se pide a los especialistas en contenido que detallen los objetivos de aprendizaje por lograr y las estrategias de aprendizaje por utilizar en cada sesión. También se ha incluido la evaluación como un elemento muy importante, así como la confección de materiales de calidad, como las antologías y las guías del docente; estas últimas indican, hora a hora, las actividades que tendrá que realizar el docente con los

participantes, con el fin de posibilitar el logro de los objetivos. Un cambio sustancial lo conforma la introducción de una metodología participativa, que se combina con exposiciones por parte del profesor o facilitador.

Conforme la Escuela Judicial se ha ido perfeccionando en el plano metodológico, ha sido evidente la necesidad de contar, entre su personal, con profesionales especializados en otros campos que no sean el Derecho. Es así como se crean plazas para Especialistas en Educación, las cuales se unen a las de los técnicos audiovisuales para orientar metodológicamente a los docentes y brindar nuevos lineamientos para el diseño y producción de cursos.

Pero a pesar de que la Escuela ha ido creciendo en el planteamiento de otras metodologías de enseñanza y de nuevos criterios, esto no ha generado cambios en el ámbito organizativo y funcional.

Uno de los rasgos que ha caracterizado a la educación a distancia es el nivel de **especialización** que se exige durante el proceso de diseño y producción, lo cual se ve reflejado en la variedad de especialistas que participan y de los cuales se ha hecho mención; otro rasgo es, el requerimiento de una **estructura organizativa** que posibilite la ejecución de una serie de procesos: diseño curricular, producción escrita y audiovisual, matrícula, distribución, ejecución, producción editorial, etc.). Por tal razón, las instituciones a distancia se han organizado, generalmente, de manera sistémica y por procesos, y en cada uno de ellos se ubican los especialistas que tienen que ver con cada una de las etapas. Por ejemplo, Escotet (1980), hace referencia a cuatro subsistemas: el de investigación, encargado de realizar los estudios de necesidades y de naturaleza académica; el de diseño, que comprende estrictamente lo curricular; el de producción —de materiales escritos, audiovisuales y otros—; y el de distribución de los materiales en las diversas sedes regionales y que se ocupa también de que el mensaje llegue correctamente a los destinatarios. A estos Zelaya (1987) adiciona el de estudiantes, que se encarga de la matrícula y registro; el de toma de decisiones, en el que participan las autoridades de la institución; y el logístico, que apoya la dotación de recursos humanos, materiales y financieros.

Organizados de tal manera, existe un mayor control y, sobre todo, se va teniendo garantía en el cumplimiento de cada una de las etapas, pues las responsabilidades están claramente delimitadas. Esto es muy importante, porque al ser procesos complejos, el incumplimiento o retraso en una etapa implica que no se alcanzará la meta final en la fecha prevista o con la calidad requerida.

Si bien la Escuela Judicial debería optar por una estructura que no incremente los costos, debido a la contratación de más personal, sí deberían diferenciarse al menos los siguientes subsistemas que abarcarían lo propiamente docente o la capacitación:

- Toma de decisiones
- Planeamiento y producción de cursos
- Administración de cursos
- Apoyo logístico

En el primero estarían las autoridades de la Escuela Judicial (Consejo Directivo y un Consejo Académico). Se encargarían de la toma de decisiones políticas y académicas.

En el segundo, se integrarían los pedagogos, los técnicos audiovisuales y los especialistas en contenido (autores, guionistas).

En el tercero, los coordinadores de programas y de cursos, los docentes y los administradores[1].

En el cuarto, los administradores, quienes además recurrirían a otras dependencias del Poder Judicial (correos, transporte, etc.).

Es necesario aclarar que por tratarse de procesos dentro de un proceso general, la participación de unos y otros podría darse en todos los procesos, ya sea como asesores o bien como producto de la coordinación necesaria. Sin embargo, se ha querido resaltar a quienes tienen mayores responsabilidades en cada uno de ellos.

A continuación, se incluye un esquema que muestra las distintas etapas de cada proceso y la responsabilidad que recae en cada uno de los involucrados, para dos de los subsistemas: el de planeamiento y producción de cursos y el de administración de cursos.

---

[1] *Cuando hablamos de administradores, nos referimos al personal que realiza tareas administrativas y de apoyo logístico. Se incluye al administrador de la Escuela, a los auxiliares judiciales, a la secretaria, a quienes apoyen las tareas de producción de materiales (diagramador, corrector de pruebas) y al chofer.*

DETALLE FUNCIONAL DEL PROCESO ACADÉMICO
(SUBSISTEMAS: PLANEAMIENTO Y PRODUCCIÓN DE CURSOS Y ADMINISTRACIÓN DE CURSOS)

	Abogado (*)	Pedagogo	Audiovisual	Especialista en contenido/ autor	Validador	Adminis.	Public.	Ctro. Regional	Tutor
PLANEAMIENTO Y PRODUCCIÓN DE CURSOS									
Realización de diagnósticos	CG	R		CR					
Diseño curricular a nivel macro y micro	CG	CR		R					
Producción intelectual escrita	CG	CR		R	A				
Producción editorial	CG	A				CR	R		
Elaboración de guías	CG	CR		R					
Confección de instrumentos de evaluación	CG	CR		R					
Producción audiovisual	CG	A	R	A					
ADMINISTRACIÓN DE CURSOS									
Convocatoria y matrícula	CR					R		CR	
Distribución de materiales	CG					R		CR	
Entrega de la docencia (tutorías presenciales,									
telefónicas, electrónicas)	CG	A				AL		CR	R
Registro	CG					R			
Evaluación del curso	R					CR			

R: RESPONSABLE
CR: CORRESPONSABLE
CG: COORDINACIÓN GENERAL
A: ASESORÍA
AL: APOYO LOGÍSTICO

(*) Aunque se hace referencia al abogado, debe entenderse siempre que también puede ser otro profesional de acuerdo con la especialidad del programa o curso.

En este esquema queda expuesto, entonces, que en el **proceso de diseño y producción**, el abogado aparece en todos los pasos, como coordinador general, controlando las metas, el cumplimiento de plazos, la congruencia, pertinencia, etc.

- El pedagogo es la persona responsable de realizar los diagnósticos de necesidades, contando como corresponsable con el o los especialistas en contenido (jueces, por ejemplo).

- El especialista en contenido es el responsable del diseño curricular junto con el pedagogo.

- El especialista en contenido (en este caso autor), es el responsable de la producción escrita, teniendo como corresponsable al pedagogo en la parte didáctica.

- La instancia de "publicaciones", que puede ser interna o externa al Poder Judicial, tiene como responsabilidad la producción editorial. La administración brinda el apoyo para la contratación de la empresa y el pedagogo asesora para que la diagramación considere los aspectos didácticos. Si la Escuela cuenta con los recursos, puede hacerse cargo de los subprocesos de diagramación y revisión de pruebas, lo cual es más funcional; estarían ubicados en la administración; esta, brindaría apoyo logístico al autor y al pedagogo.

- La elaboración de guías (del facilitador, del tutor y del estudiante), es responsabilidad del especialista en contenido o autor y del pedagogo.

- Al especialista en contenido, con la participación del pedagogo, le corresponde la elaboración de instrumentos de evaluación.

- La unidad de audiovisuales tiene la responsabilidad de producir o elaborar el material audiovisual: vídeos, audiocasettes, transparencias, fotografías, etc. Le asesoran el especialista en contenido y el pedagogo.

En el proceso de **administración de cursos**, también le corresponde al abogado la coordinación general. Además:

- La administración tiene bajo su responsabilidad la convocatoria y matrícula de los participantes, junto con el abogado y el centro regional. La parte administrativa es la encargada de dar mantenimiento a la base de datos.

- Es a la administración a quien le corresponde también la distribución oportuna de los materiales didácticos a cada uno de los centros regionales. Cuenta con el apoyo de los administradores de los circuitos judiciales, quienes los harán llegar a los distintos despachos.

- De la entrega de la docencia (impartir lecciones o tutorías) es responsable el facilitador o el tutor; recibe la asesoría del pedagogo en la parte metodológica y el apoyo logístico de la administración (para transporte, entrega de materiales, asignación de aulas, etc.). Es corresponsable, el centro regional, para la asignación del aula y de equipo, si fuera necesario.

- La labor de registro corresponde a la administración.

- Por último, la evaluación del curso es responsabilidad de la administración (tabulación y análisis de los datos), junto con el abogado, quien retoma los resultados para introducir mejoras en la oferta del curso, o para pedir la intervención del pedagogo y especialista para su rediseño.

La anterior descripción del proceso académico nos permite tener una definición preliminar de las funciones que les corresponden a algunos de los participantes en dicho proceso, como veremos en el siguiente cuadro.

Allí se incluye a: el coordinador del programa, en el supuesto de que la Escuela Judicial se organice por programas (de formación básica, de formación complementaria, de auxiliares judiciales, etc.); coordinadores de curso; tutores y pedagogo.

Otras funciones deben ser revaloradas, aunque ya se encuentran delimitadas: es el caso de la unidad de audiovisuales y de la administración. Esta última, si tendría cambios significativos.

COORDINADOR DE PROGRAMA	COORDINADOR DE CURSOS	TUTORES	PEDAGOGO
• Supervisar el cumplimiento de metas para cada uno de los cursos propuestos.	• Seleccionar y contactar a los especialistas en contenido y realizar los trámites correspondientes para su traslado a la Escuela Judicial.	• Impartir tutoría presencial, electrónica y telefónica.	• Coordinar la elaboración de los diagnósticos de necesidades de capacitación.
• Proponer y colaborar con la evaluación del programa, cuando este se haya ejecutado.	• Elaborar un cronograma para el diseño y producción de los cursos a su cargo y supervisar su buen desarrollo.	• Calificar pruebas de evaluación, sacar los promedios correspondientes y remitirlos a la E.J. en las fechas establecidas.	• Apoyar a los especialistas en el diseño curricular a nivel macro y micro.
• Proponer ajustes generales al programa, cuando se requiera, organizando el proceso correspondiente.	• Solicitar el apoyo de especialistas en Educación y técnicos audiovisuales para el diseño y producción de los cursos.	• Participar en las reuniones de coordinación a que fuere convocado.	• Apoyar a los autores en la elaboración del material escrito.
• Coordinar al menos dos cursos.	• Supervisar el cumplimiento de los plazos y la congruencia con el plan de curso.	• Informar al coordinador de curso los problemas que deben ser resueltos (materiales, infraestructura, equipo, deserción...).	• Coordinar con la administración la impresión y reproducción de los materiales.
• Iniciar el proceso de matrícula en el período correspondiente y seleccionar a los participantes.	• Coordinar con la administración lo concerniente al apoyo logístico requerido para sus cursos.	• Motivar a los participantes para que concluyan sus estudios y apoyarlos individualmente cuando lo requieran.	• Coordinar con el diagramador aspectos didácticos que deban ser considerados y con el corrector de pruebas la rectificación de errores.
	• Coordinar durante el desarrollo u oferta de los cursos, con el coordinador regional y con los tutores regionales.		• Coordinar con la Unidad de Audiovisuales, la elaboración de los materiales requeridos.
	• Coordinar el proceso de matrícula de los cursos a su cargo, cuando estos no formen parte de un programa.		• Apoyar a los especialistas en la confección de las pruebas de evaluación de los aprendizajes.
			• Capacitar a tutores y facilitadores en aspectos metodológicos.

En la Escuela Judicial existen dos colaboradores regionales muy importantes; en la medida de lo posible debería crearse un puesto que cubra las funciones de dichos colaboradores, pero mientras tanto, quienes la han estado realizando hasta el momento, pueden continuar apoyando los esfuerzos de capacitación regional de la Escuela. Se trata del coordinador regional y del encargado de la Unidad Administrativa de los circuitos judiciales. Serían sus funciones:

COORDINADOR DE CENTRO REGIONAL	ENCARGADO UNIDAD ADMINISTRATIVA
• Apoyar durante el proceso de matrícula.	• Recibir y trasladar los documentos remitidos por la Escuela Judicial.
• Colaborar en la recepción de materiales didácticos y otros documentos.	• Hacer llegar a la E.J., documentos entregados por los participantes, tutores y facilitadores.
• Coordinar con la Unidad Administrativa lo relativo a infraestructura y equipamiento y el envío de materiales a los diversos despachos.	• Apoyar en la designación y equipamiento de aulas.
• Mantener la comunicación con el coordinador correspondiente de la Escuela Judicial.	
• Informar acerca de problemas y necesidades en el centro regional.	

Lógicamente a tal descripción de responsabilidades debe corresponder una estructura administrativa que le dé sustento.

Lo más conveniente parece ser, de acuerdo con la experiencia de otras escuela judiciales, que se trabaje en función de programas, tal y como se había mencionado. A cargo de cada uno de esos programas, un abogado. Cada programa está constituido por cursos; como responsable de un grupo de cursos, estaría también un abogado. Eso significa que los abogados se agruparían, al menos en lo que a función docente se refiere, en una unidad o sección que agrupe a todos los programas. De ellos dependerían también los tutores, así como los especialistas a cargo de elaborar los materiales (los autores). Se trata, generalmente, de jueces que parcialmente dedican su tiempo a esta labor ante una solicitud de la Escuela.

En otra unidad o sección debería estar el equipo que ofrece orientaciones metodológicas: pedagogos, técnicos en audiovisuales y otros que se incorporen conforme se avance en la utilización de nuevas tecnologías. Tales especialistas apoyarían a los diferentes programas en cada una de las etapas, ya sea en la realización de diagnósticos, diseño curricular, producción, etc. Es muy importante su conjunción en una sola unidad o sección, pues debe garantizarse la existencia de criterios académicos **unificados** a la hora de diseñar o producir, por ejemplo, lo cual es una garantía de la calidad de los cursos que se produzcan. Además, se hace una mejor utilización de los recursos humanos, pues ante nuevas solicitudes se le asigna al profesional que en ese momento pueda asumirlo.

Otra unidad o sección se encargaría de lo administrativo: apoyo logístico, digitación, diagramación, corrección de pruebas, matrícula, registro, transporte, distribución de materiales y presupuesto, entre otros.

Programa de formación a distancia para auxiliares judiciales: una experiencia piloto

A pesar de que la Escuela Judicial no ha tenido oportunidad de plantear una reorganización interna, que dé atención a las múltiples necesidades que se le plantean, ya se inició la oferta del primer programa a distancia, dirigido a la formación integral de los auxiliares judiciales.

Este programa se creó por iniciativa del Magistrado Luis Fernando Solano Carrera, quien siendo en aquel momento presidente del Consejo Directivo de la Escuela Judicial, planteó la necesidad de que a los auxiliares judiciales se les diera una formación amplia e integral; además, introdujo la idea de realizarlo a distancia, con el fin de no afectar la labor de los despachos. En principio se pensó en la posibilidad de ofrecerlo mediante un convenio con la Universidad Estatal a Distancia de Costa Rica (UNED-CR), posteriormente la Escuela decidió asumir el reto de desarrollarlo ella misma. De esa manera, y contando con el apoyo del Consejo General del Poder Judicial de España, de la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI) y de la Universidad Nacional de Educación a Distancia de España (UNED-E), en octubre del año 1999 se dio inicio al diseño curricular a nivel macro de este programa.

En el documento de Macroprogramación se dice lo siguiente:

> "Para la elaboración de esta propuesta curricular se han realizado diversas actividades. En primer término, una investigación acerca de las características de formación requeridas; para ello se partió del diagnóstico de necesidades concluido en 1998 en las materias civil, laboral y familia; asimismo, se realizó una consulta individual a algunos jueces y auxiliares y se realizaron dos talleres con participación de jueces y auxiliares judiciales.
>
> El primer taller tenía por objetivo obtener insumos para la propuesta del perfil de salida. Para ello, se pidió a los participantes que precisaran los conocimientos, habilidades y actitudes de carácter general que deberían ser desarrollados en un plan de esta naturaleza, abarcando tres áreas: procedimental, administrativa e informativa; esto mismo deberían analizarlo de acuerdo con las características de la materia penal, laboral, familia y civil. Debían proponer, también, qué tipo de cursos serían necesarios para lograr todo lo anterior. De este taller se originó la propuesta de un perfil[2] que fue sometido a validación en el segundo taller. En este, los participantes tenían que indicar si los rasgos propuestos eran adecuados o si debían eliminarse o modificarse algunos de ellos. También debían de concluir aportando el nombre de algunos cursos que podrían satisfacer dicho perfil.
>
> Este perfil fue posteriormente desglosado hasta llegar a la propuesta del plan de estudios, mediante la participación de un juez en materia penal, el Lic. Omar White, y en materia civil, Licda. Maribel Seing, bajo la coordinación y asesoría curricular de la Licda. Ana Tristán Sánchez, especialista en Educación de la Escuela Judicial. Para ello, se revisaron códigos y leyes diversas y se entrevistó a jueces y auxiliares judiciales en cada una de las materias específicas, considerando también los aportes que se obtuvieron en el taller de validación.
>
> Es importante señalar, por último, que con el fin de conocer el grado de aceptabilidad que este programa tendría entre los auxiliares judiciales, se realizó una pequeña encuesta telefónica, mediante la cual se les dio a conocer a los auxiliares propietarios las características del programa (metodología, duración, tipo de formación, asistencia a tutorías, etc.) y se les pidió que indicaran si, de acuerdo con esas características, estarían interesados en el programa, así como otra información relativa a los estudios universitarios realizados, edad, tiempo de laborar para el Poder Judicial, etc.".

En este documento quedó plasmado el perfil de salida, los principales contenidos por abarcar, el listado de cursos, la oferta (trimestral) y su duración (un año); asimismo, una propuesta organizativa parcial, para la oferta del programa.

El rasgo de perfil propuesto expresa que, al concluir este programa, los participantes estarán en capacidad de:

> *Tramitar y dar seguimiento a las gestiones pertinentes de conocimiento judicial que se le asignen, de conformidad con los principios básicos de la normativa sustantiva y procedimental de cada proceso judicial.*

A este perfil corresponde el siguiente plan de estudios:

TRIMESTRE	CURSOS
I	1. Técnicas de estudio y de comunicación escrita 2. Teoría general del proceso
II	3. El factor humano y la ética en el servicio judicial 4. Procedimientos básicos de tramitación
III	5. Tramitación en materia civil 6. Tramitación en materia laboral
IV	7. Tramitación en materia de familia 8. Tramitación en materia penal

[2] *La redacción final de este perfil, estuvo bajo la responsabilidad de la Licda. Leticia Molina Blanco, de la Universidad Estatal a Distancia, con la asesoría curricular de las licenciadas Gertrudis Arroyo Alvarado y Ana Tristán Sánchez.*

En enero de 2000 se inició el diseño y producción de cada uno de los cursos. En principio se estarán utilizando dos tipos de materiales: escritos y audiovisuales; dentro de los audiovisuales, el vídeo y el audiocasete.

Los materiales escritos son de tres tipos:

- Módulo instruccional o una antología didáctica.
- Guía para el participante.
- Guía para el tutor.

Los dos primeros abarcan los contenidos del curso, desarrollados por un autor o antologador, respectivamente. Fueron preparados exclusivamente para los cursos y para su desarrollo se pensó en función de sus destinatarios principales: los auxiliares judiciales.

La guía del participante contiene indicaciones que orientan a los auxiliares judiciales acerca de cómo avanzar en el estudio, fechas de tutorías presenciales, nombre de los tutores, horario de tutoría telefónica, fechas de entrega de tareas y de la evaluación escrita, así como las tareas que deben desarrollar.

La guía para el tutor presenta un detalle de las actividades que cada uno de ellos deberá llevar a cabo durante las tutorías, con el fin de homogeneizar la enseñanza.

A cada participante se le hará llegar el módulo instruccional o la antología didáctica, la guía para el participante y los audiocasetes.

Este programa comenzó a mediados del año 2000, con los dos primeros cursos, en cuatro zonas regionales: San José (con tres grupos), Heredia, San Carlos y Puntarenas. Después de su primera oferta, se procuraría abarcar más centros regionales, siempre que las condiciones de infraestructura y de recursos lo permitan. También se valora la posibilidad de que cada seis meses se inicie una nueva oferta, para no tener que esperar un año para admitir nuevos grupos de participantes.

En cada trimestre se ofrecen dos cursos, por lo cual el programa tiene una duración total de un año. Para cada curso se brindan cuatro tutorías presenciales y se cuenta, además, con la tutoría telefónica, todas, a cargo de tutores regionales debidamente capacitados. Los participantes deben entregar tareas y presentar un examen escrito en la quinta sesión; existe la posibilidad de realizar un examen extraordinario en caso de no alcanzar la nota mínima.

Una vez que aprueben todos los cursos, tendrán derecho a la certificación correspondiente, para un total de 364 horas de estudio, contando las de las tutorías presenciales, así como las de la lectura y realización de actividades y tareas.

Por parte de la Escuela Judicial y del Departamento de Personal se está estudiando, además, la reglamentación en términos de selección, ascensos y reconocimiento salarial para aquellos que aprueben la totalidad del programa.

Conclusión

En definitiva, la Escuela Judicial debe evaluar durante este primer año, la ejecución de este programa, y a partir de la experiencia desarrollada, valorar cuál forma organizativa y funcional le es más conveniente y qué mejoras introducir. Lo importante es comenzar a caminar, siempre asegurándose que se hará de la mejor manera posible, pero tomando en cuenta que, como nueva experiencia, se pueden presentar problemas no previstos. Sin embargo, lo importante aquí es la respuesta oportuna y conjunta de la Escuela Judicial para resolver las dificultades que surjan.

No deben olvidarse, además, otros aspectos dignos de consideración y que no dependen exclusivamente de la Escuela: la infraestructura, equipamiento, mobiliario y suficientes recursos materiales y humanos que son necesarios para enfrentar la exigencia de ofrecer cursos a distancia y regionales. Solo tomando las previsiones necesarias se podrá garantizar la cobertura para todos los destinatarios de los programas de la Escuela y, lo más importante, con la calidad requerida.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ESCOTET, Miguel (1980). **Tendencias de la educación superior a distancia**. Editorial UNED. San José, Costa Rica.

Escuela Judicial (1999). **Macroprogramación. Programa a distancia de formación de auxiliares judiciales**. San José, Costa Rica.

ZELAYA GOODMAN, Chéster (1981). **Principales elementos en los sistemas de educación a distancia.** Seminario sobre educación a distancia. Universidad Nacional Autónoma, Honduras.

* * *

ARTÍCULOS SOBRE DOCTRINA NACIONAL

ARTÍCULOS SOBRE DOCTRINA NACIONAL

EL PAPEL DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO DE CONCILIACIÓN

Licda. Ileana Guillén Rodríguez
Jueza Conciliadora

La introducción[1] de la conciliación operada por el Código Procesal Penal de 1998, obedece a la intención de una reversión parcial del proceso de "expropiación del conflicto de manos de las partes"; pretendiéndose, al menos en parte, devolver la controversia a sus protagonistas.

Aun cuando la conciliación no implica abolicionismo (pues su fin último es la eliminación del sistema penal), ni minimalismo (pues su meta es la descriminalización), sus planteamientos guardan relación. En este sentido resulta válido citar un comentario de Hulsman, pues, refiriéndose al abolicionismo, describe muy acertadamente lo que es también aspiración de la conciliación: "En todos los casos habría que devolver a las personas implicadas el manejo de sus conflictos. El análisis que ellas hacen del acto no deseable y de sus intereses reales debería ser el punto de partida necesario de la solución que se busca. La relación "cara a cara" debería ser siempre posible, ya que las explicaciones mutuas, el intercambio de las experiencias vividas y, si es necesario, la presencia activa de personas psicológicamente próximas, pueden conducir en el "cara a cara" a soluciones realistas para el futuro"[2].

Interesa rescatar del comentario anterior sobre todo el "cara a cara", la relación directa entre las personas involucradas, pues es la que considero debería darse entre los involucrados en el proceso de conciliación, ya que este es el objetivo del instituto. Si bien nuestro Código Procesal Penal establece en su artículo 36 que la conciliación procede "entre víctima e imputado", lo que se conforma con la filosofía que rige los mecanismos de resolución alternativa de conflictos, que deposita su confianza en la capacidad de las partes de resolver por sí mismas sus conflictos; la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha interpretado que en el proceso de conciliación es imprescindible contar con la asistencia al acto del representante del Ministerio Público[3].

Así lo ha establecido, entre otros, mediante los votos 653-98, de las nueve horas del diez de julio de 1998; 707-98, de las diez horas con cinco minutos del veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y ocho y 727-98, de las nueve horas con veinte minutos del treinta y uno de julio de 1998. Al respecto, refiere en el voto 707-98:

> "Es cierto que los acuerdos válidos son los que alcancen la víctima y el imputado. Pero eso no significa que se deba excluir a ninguna otra parte, ni siquiera al Ministerio Público, pues no sólo podría actuar "aconsejando" a la víctima, sino también manifestando al tribunal sus puntos de vista sobre lo realizado, pues al fin y al cabo, sigue siendo titular del ejercicio de la acción penal pública, sin perjuicio de los derechos de la víctima (lectura de los artículos

---

[1] La introducción del instituto no aparece como extraña en nuestro derecho, teniendo como antecedente la composición en materia penal, vigente durante la época de la Colonia (1575-1821): "Finalmente, lo que es de mucha importancia, se admite la "composición entre partes", cuando el hecho delictivo no trasciende el interés de éstas, aun en casos de cierta relevancia como las lesiones graves, pudiéndose por esta vía llegar a un entendimiento satisfactorio...Esta composición era de todas maneras acompañada por verdaderas formas de alternativas al castigo. Se apercibía a los involucrados de que en caso de continuar el problema entre ellos se reabriría la causa, se los condenaba a pagar la mitad de las costas procesales hasta ese momento ocasionadas y, para "desagravio de la vindicta pública" se los condenaba a "un mes de servicio en las obras públicas de esta ciudad". A los reos se les ponía finalmente en libertad". ARROYO, José Manuel. El sistema penal ante el dilema de sus alternativas. Colegio de Abogados de Costa Rica. Primera ed., San José, Costa Rica, 1995, p. 143 y 144.

[2] HULSMAN, Louk y BERNAT DE CELIS, Jacqueline. Sistema Penal. Editorial Ariel, primera ed, Barcelona, España, 1982, p. 91 y 92.

[3] En igual sentido CORTÉS COTO, Rónald. Algunos apuntes sobre la legitimación para conciliar en el nuevo Código Procesal Penal, En: Revista de Ciencias Penales, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, número 16, San José, Costa Rica, mayo 1999, p. 94, que señala. "Desde luego debe entenderse, que el Ministerio Público lo que tiene es imposibilidad de decidir si se da la conciliación, así como los términos de la misma, pero sí puede participar asesorando a la víctima, y puede realizar las observaciones pertinentes al juzgador, a afecto de controlar la legalidad del acto y objetar su homologación por razones de legalidad".

> 16, 22 y 62 del Código Procesal Penal) y "en el ejercicio de su función, el Ministerio Público adecuará sus actos a un criterio objetivo y velará por el cumplimiento efectivo de las garantías que reconocen la Constitución, el Derecho Internacional y el Comunitario vigentes en el país y la ley" (artículo 63 ibídem)... Asimismo, no debe dejarse de lado que "las partes deberán litigar con lealtad" (artículo 127 ejúsdem) y que "serán funciones de los jueces preservar el principio de igualdad procesal y allanar los obstáculos que impidan su vigencia o lo debiliten" (párrafo final del artículo 6 del mismo Código de rito), principios que se incumplirían si no se da participación al órgano acusador estatal."

Además, agrega, refiriéndose a la posibilidad otorgada por el artículo 36 del Código, de que asesoren a las partes en el proceso personas o entidades especializadas o inclusive, amigables componedores, que "Si es posible la participación de estas personas o entidades "ajenas" al proceso, con mucha mayor razón deben participar las que forman parte de él".

El voto 727-98 además agrega que la no participación del Ministerio Público en el acto constituye "un abierto irrespeto al principio de inviolabilidad de la defensa que tutela el numeral 12 del Código Procesal Penal, por cuanto el Ministerio Público necesariamente debió ser escuchado antes de adoptar la decisión que ahora se impugna..." Finalmente, señala que "Desde luego, el criterio en sentido negativo emitido por el Ministerio Público, o por otras personas involucradas en el conflicto, distintas al imputado, su defensor, o la víctima, no será vinculante para el Juez, pero el Tribunal debe apreciar esas consideraciones con el fin de homologar los acuerdos o bien rechazarlos..."

Vemos entonces que la Sala Tercera considera que el Ministerio Público debe asistir al proceso de conciliación por varias razones:

a) Para que "aconseje" a la víctima.

En relación con esto, es conveniente que la víctima cuente con alguien que la asesore en cuanto al acuerdo al que vaya a llegar, pero solo cuando ella así lo desee. Es una posibilidad que no puede negársele, por razones técnicas y constitucionales.

Sin embargo, no es conveniente que en todos los procesos de conciliación, lo haya solicitado o no la víctima, esté presente el Ministerio Público para "aconsejarla". Esto significa que no se tiene confianza en cuanto a que las partes sean capaces de resolver sus propios conflictos.

Al respecto, es pertinente citar al Lic. Saúl Araya, en su comentario sobre por qué en otros tipos de conciliación es factible una conciliación extraprocesal y no en la materia penal:

> "...la doctrina tutelar de adultos sigue pensando que estos no pueden resolver sus asuntos sin que otro adulto, decida por ellos con autoridad ejecutoria y de cosa juzgada."

Por otro lado, el asignar al Ministerio Público el carácter de asesor de la víctima, sin que esta siquiera lo haya pedido, pareciera contrario al principio de objetividad que debe regir a este ente en sus actuaciones (artículo 63 y 180 del Código Procesal Penal). De acuerdo con este principio, no parece correcto (como tampoco lo sería que lo hiciera el Juez Conciliador), que el Ministerio Público asesore a una u otra parte.

Relacionado al tema resulta interesante acotar que el autor Álvaro Córdoba hace referencia al deber del Ministerio Público de "aconsejar", más bien, al imputado, así:

> "...es aconsejable que el representante del Ministerio Público que funja como espectador pueda recomendarle al imputado o a su defensor el rompimiento de la negociación cuando considera que podría ser demostrada su inocencia en el juicio o que la víctima intenta aprovecharse de la presión puesta sobre el imputado para obtener una compensación pecuniaria exagerada."[4]

---

[4] *CÓRDOBA, Álvaro. Participación del Ministerio Público costarricense en la conciliación víctima-imputado. En: Revista Ministerio Público y Reforma Procesal Penal, primera ed., Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1997, p. 135.*

Estos aspectos se refieren al análisis del MAPAN[5] (Mejor Alternativa para un Acuerdo Negociado), del imputado. En este sentido cabe indicar que estaría bien que el Ministerio Público haga ver a las partes (a ambas) su MAPAN antes de iniciar el proceso de conciliación. Pero no por ello es necesario que esté presente en el proceso de diálogo entre ambas. Además, el conciliador debe ayudar a las partes a clarificar este aspecto.

b) *Para vigilar que el acuerdo a que se llegue se dé en condiciones de igualdad entre las partes, y sin que exista coacción o amenaza.*

Ello pareciera no ser labor del Ministerio Público, sino del conciliador. El papel del Juez en general es, por naturaleza, el de ser garante de los derechos fundamentales de las partes. En el proceso conciliatorio, este papel de garante se desarrolla a plenitud, velando precisamente por estas condiciones de igualdad y libre voluntad de los participantes. Si hay un Juez de la República presente en la audiencia, es garantía suficiente de estos aspectos.

Además, comparto la observación hecha por Cortés Coto, al señalar que no debe confundirse igualdad entre las partes con igualdad de patrocinio letrado:

> "...El plano de igualdad no debe confundirse con igualdad en el asesoramiento letrado, sino que debe existir un plano de igualdad en las obligaciones y renuncias a las que lleguen las partes, de manera que no se dé un desbalance de poder. Conforme se ha afirmado, lo que se pretende es evitar acuerdos abusivos que afecten los intereses de una de las partes, especialmente de la víctima. Se ha interpretado en forma equivocada que para que exista un plano de igualdad para negociar, basta que la víctima se encuentre asesorada por el Fiscal y el imputado por el defensor. Sin embargo, no debe olvidarse que conforme al artículo 7 del C.P.P., los Tribunales deben resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas. En este sentido debe interpretarse esta "igualdad para negociar" evitando que se den arreglos conciliatorios evidentemente desfavorables para alguna de las partes, que no contribuyan a restaurar la armonía social entre los intervinientes. Lo anterior no significa que no pueda existir una renuncia total de las pretensiones de parte de la víctima, dado que la conciliación puede consistir en un simple perdón."[6]

c) *Sigue siendo el titular de la acción penal pública.*

Esta afirmación genera una duda. Vamos a devolver el conflicto a las partes (como lo ha señalado la misma Sala Tercera es el objetivo de la introducción de la conciliación, en su voto 727-98 antes citado y como parece rescatarlo el propio legislador en el citado artículo 36, al señalar que la conciliación procederá entre víctima e imputado), porque al fin y al cabo es de ellas, y a limitar la actuación del Estado en la resolución del mismo, en los delitos que así dispuso el legislador, o el titular de ese conflicto sigue siendo el Estado?

Si la intención es devolver el conflicto a las partes, brindar un espacio en que ellas busquen una solución conforme a sus intereses, el Estado debe entonces apartarse y dejar a las partes tomar una decisión rodeada de garantías, a través de la presencia y homologación del conciliador (por el especial bien jurídico tutelado en la clase de conflictos que surgen en esta materia).

d) *Si pueden estar presentes asesores de las partes, ¿por qué no el Ministerio Público?*

Al respecto, reitero lo dicho. Tanto el imputado como el ofendido tienen derecho a tener asesores, *cuando crean que los necesitan.*

Para que se llegue a un acuerdo más fácilmente, sin que el proceso se obstaculice por terceras personas, y que sea un acuerdo genuinamente surgido de las partes

---

[5] *"Su MAPAN es su alternativa ganga. Es su mejor curso de acción para satisfacer sus intereses sin el consentimiento de la otra parte. Si usted está negociando con su jefe un aumento, su MAPAN podría ser conseguir un puesto en otra empresa...Habitualmente, recurrir a la alternativa implica costos para usted y para las relaciones, que son la razón por la cual usted está negociando, a fin de desarrollar una mejor solución. La MAPAN es la clave del poder de negociación. El poder de usted no depende tanto de que usted sea más grande, más fuerte, de mayor jerarquía o más rico que la otra persona, como de cuán bueno sea su MAPAN. Si usted tiene una alternativa viable, usted lleva una ventaja en la negociación. Cuanto mejor sea su MAPAN, más poder tendrá usted." URY, William. Supere el ¡No! Grupo Editorial Norma S.A., primera reimpresión, Colombia, 1993, p. 19.*

[6] *CORTÉS COTO, Rónald. La etapa preparatoria en el nuevo proceso penal, Investigaciones Jurídicas S.A., primera ed., San José, Costa Rica, octubre de 1998, p.118.*

(lo que hará que se comprometan realmente con su cumplimiento), lo ideal es que en el proceso de conciliación se encuentren solo las partes directamente involucradas en el conflicto y el conciliador. La presencia de terceros podría más bien obstaculizar el proceso de diálogo. Es el Juez Conciliador quien debe guiar la comunicación entre las partes y velar porque en el acuerdo no exista un desequilibrio de poder, ni que esté viciada la voluntad de ninguno de los intervinientes. Y el Juez es suficiente garantía de que así sea.

Ahora, si las partes desean contar con el apoyo de asesores, tienen derecho a ello. Pero los asesores deben limitarse a ayudar a las partes en el análisis de su MAPAN y a planear su estrategia de negociación previo al diálogo. Y una vez en la audiencia propiamente, a estar presentes por si deben ser consultados y no a hablar en lugar de la parte. Inclusive lo conveniente es que físicamente estén apartados de las partes (sentados quizá un poco atrás de ellas). Y no parece lo más adecuado que ese papel lo desempeñe el Ministerio Público a favor de una sola de las partes, sino un tercero de elección de los participantes. Para ello habría que pensar en posibles soluciones para aquellas personas que no cuenten con recursos económicos suficientes para costear el pago de un asesor.

e) La ausencia del Ministerio Público en el proceso conciliatorio es violatoria del derecho de defensa.

Al respecto, cabe recordar que el derecho de defensa presenta una dualidad, pues existe la defensa material (ejercida por la parte) y la defensa técnica o formal. Al respecto el Dr. Fernando Cruz Castro, refiriéndose al derecho de defensa del imputado, nos señala las siguientes manifestaciones que haremos extensivas al derecho de defensa de las partes que:

> "...Los presupuestos de cada una de ellas son diferentes, ya que la defensa material o privada responde a los principios que inspiran el individualismo liberal, mientras que la defensa pública o técnica responde a los principios de DERECHO PÚBLICO... Existe la tendencia de que la defensa pública o formal absorba o reduzca sustancialmente la defensa privada o material que ejerce el acusado, lo que convierte a esta última en algo residual. Esta reducción no es conveniente, ya que el imputado no puede convertirse en una marioneta que ignore las peculiaridades del proceso...debe concluirse que deberá prevalecer la voluntad del acusado... cuando exista conflicto entre ellos."[7]

Podría considerarse entonces, que la participación de la víctima en el proceso de conciliación es una expresión de su derecho material de defensa. Y con el Juez Conciliador como garante de las actuaciones, no habría ninguna violación al derecho de defensa si no interviene el Ministerio Público.

Si bien la Sala ha aclarado que las opiniones que exteriorice este ente en la conciliación no son vinculantes, ni para las partes ni para el Juez, insistimos en que lo conveniente para el proceso es que solo estén presentes las partes realmente involucradas. La presencia de terceros podría interferir negativamente en la toma del acuerdo.

Ahora, el que se considere que no es conveniente que el Ministerio Público esté presente y emita opinión no vinculante en el proceso de conciliación en sí mismo, no quiere decir que no se esté de acuerdo en que desempeñe otros papeles fuera del proceso de conciliación en sí y que le son asignados por nuestra normativa procesal, como serían:

- Promover el proceso de conciliación, en la etapa de valoración inicial (artículo 297, inciso g) del Código Procesal Penal) o en la audiencia preliminar (artículo 316 y 317, inciso d) del mismo Código).

El que se inste a las partes para que lleguen a un acuerdo es positivo y nos evoca el comentario de Louk Hulsman sobre el proceso de conciliación en la Francia de 1671 "Muchas cosas me impresionaron de estas prácticas. Desde luego, la insistencia con que se procura el acuerdo amistoso entre las personas; pero también la paciencia y la perseverancia con que se trata de conducirlas a este acuerdo. Sorprende el número de personas a quienes se molesta sucesivamente para llegar a convencer al que rehúse, en un comienzo, la conciliación, el cual nunca es forzado a aceptar"[8].

---

[7] *CRUZ CASTRO, Fernando. Unidad Modular VI. La defensa penal y la independencia judicial en el Estado de Derecho, Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, San José, Costa Rica, 1989, p. 61 y 62.*

[8] *HULSMAN, Louk. Op. cit., p. 115.*

Comentando esta potestad legal, señala Álvaro Córdoba que como requisitos para que el Ministerio Público promueva la conciliación, es preciso que haya agotado suficientemente la investigación del hecho. Para evitar que el acusado sea sometido a conciliación sin la "más mínima probabilidad de la existencia del hecho y de su participación", por una "víctima inescrupulosa". Y para garantizar a la víctima "que se cuente con suficientes elementos probatorios acerca de la existencia, cualidad y cantidad de los efectos lesivos del hecho sobre su esfera de interés jurídico". Y además, es necesario que las partes estén de acuerdo en someterse al proceso. Esto es, entrevistar a las partes a fin de establecer si desean o no conciliar[9].

- Solicitar al Juez, una vez alcanzado el éxito en la conciliación, que se decrete extinta la acción penal pública (artículo 30, inciso k). Aunque es de esperar que el Juez así lo declare de oficio al homologar el acuerdo conciliatorio.

Sin embargo, su papel podría cobrar importancia en los acuerdos sujetos a condición que tomen las partes. En estos casos, el Fiscal, tal y como lo señala Álvaro Córdoba, podría al momento del cumplimiento del acuerdo, pedir el archivo de las actuaciones y "ante el incumplimiento parcial o total del acuerdo" solicitar se continúe con el proceso penal[10].

En conclusión, considero importante que las partes involucradas en una conciliación cuenten con asesores que les ayuden a preparar su estrategia como etapa previa a la negociación asistida por el Juez. Es innegable que podrán orientar a las partes en aspectos técnicos, como sus posibilidades legales; así como en aspectos prácticos relacionados con estos (como sería la separación entre posiciones e intereses, el desarrollo de su MAPAN y el análisis del contrario, etc.)[11]. Asesores que, al momento propiamente de la conciliación, deberán pasar a un segundo plano, pues con su labor ya habrán preparado adecuadamente a las partes para que asuman el papel protagónico que deben asumir. Y encontrarse allí únicamente a efectos de ser consultados por las partes en el momento en que ellas así lo requieran y solo si ellas lo estiman necesario. No se trata de que usurpen este rol principal a quienes verdaderamente corresponde. Sería una nueva "expropiación del conflicto de manos de las partes".

Pero lo que considero no conveniente es que dicho papel sea asumido por el Ministerio Público. Asesorar implica "dar consejo o dictamen"[12], obviamente, para favorecer a alguien. Y el Ministerio Público debe, en sus actuaciones, guardar su objetividad, debe actuar "incluso a favor del imputado" (artículo 24, Ley N° 7442, Ley Orgánica del Ministerio Público). Por lo que su papel en la conciliación debe ser otro, según se esbozó supra. Siendo incluso innecesaria su presencia en la audiencia propiamente dicha. Porque para salvaguardar aspectos como los de la igualdad de las partes al negociar, la ausencia de desbalances de poder o coacción o amenazas, se cuenta con la figura del Juez, garante de los derechos de las partes por excelencia.

---

[9] CÓRDOBA, Álvaro. Op. cit., p. 133 y 134.

[10] Ibid. p. 136 y 137.

[11] *"...El propósito de la negociación es explorar si usted puede satisfacer mejor sus intereses por medio de un acuerdo que por medio de su mejor alternativa para un acuerdo negociado (MAPAN). Su MAPAN es su alternativa ganga. Es su mejor curso de acción para satisfacer sus intereses sin el consentimiento de la otra parte. Si usted está negociando con su jefe un aumento, su MAPAN podría ser conseguir un puesto en otra empresa...La MAPAN es la clave del poder de negociación. El poder de usted no depende tanto de que usted sea más grande, más fuerte, de mayor jerarquía o más rico que la otra persona, como de cuán bueno sea su MAPAN. Si usted tiene una alternativa viable, usted lleva una ventaja en la negociación. Cuanto mejor sea su MAPAN, más poder tendrá usted."* URY, William. Op. cit., p. 19.

[12] Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Editorial Brosmac, España, 1996, p. 148.

BIBLIOGRAFÍA

ARROYO, José Manuel. **El sistema penal ante el dilema de sus alternativas**. Colegio de Abogados de Costa Rica. Primera ed., San José, Costa Rica, 1995.

CÓRDOBA, Álvaro. **Participación del Ministerio Público costarricense en la conciliación víctima-imputado**. En: Revista **Ministerio Público y Reforma Procesal Penal**, primera ed., Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1997.

CORTÉS COTO, Rónald. **La etapa preparatoria en el nuevo proceso penal**, Investigaciones Jurídicas S.A., primera ed., San José, Costa Rica, octubre de 1998.

CORTÉS COTO, Rónald. **Algunos apuntes sobre la legitimación para conciliar en el nuevo Código Procesal Penal.** En: Revista de **Ciencias Penales**, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, número 16, San José, Costa Rica, mayo 1999, págs. 93 a 101.

CRUZ CASTRO, Fernando. Unidad Modular VI. **La defensa penal y la independencia judicial en el Estado de Derecho**, Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, San José, Costa Rica, 1989.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española, Editorial Brosmac, España, 1996.

HULSMAN, Louk y BERNAT DE CELIS, Jacqueline. **Sistema Penal**. Editorial Ariel, primera ed., Barcelona, España, 1982.

URY, William. **Supere el ¡No!** Grupo Editorial Norma S.A., primera reimpresión, Colombia, 1993.

Leyes:

Código Procesal Penal, primera edición, San José, Costa Rica, 1996.

Jurisprudencia:

Sala Tercera, voto número 653-98 de las nueve horas del diez de julio de 1998.

Sala Tercera, voto número 707-98 de las diez horas con cinco minutos del veinticuatro de julio de 1998.

Sala Tercera, voto número 727-98 de las nueve horas con veinte minutos del treinta y uno de julio de 1998.

Sala Tercera, voto número 796-98 de las diez horas con treinta minutos del veintiuno de agosto de 1998.

* * *

LA EXPLOTACIÓN SEXUAL DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD EN COSTA RICA

Licda. Lílliam Gómez Mora
Fiscal Coordinadora, Unidad Especializada contra los Delitos Sexuales y la Violencia Intrafamiliar

Introducción

La explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes constituye una violación a sus derechos fundamentales, y lamentablemente es, en sí misma, una forma moderna de esclavitud[1].

Cada día que pasa, un número creciente de niños, niñas y adolescentes de todo el mundo se convierten en objeto de explotación y abuso sexual; Costa Rica no es la excepción; a nivel internacional la buena imagen de nuestro país ha sufrido un fuerte golpe, al equiparársele a Tailandia; país que a nivel mundial presenta la tasa más alta en la explotación sexual de sus niños, niñas y adolescentes.

En la actualidad, nuestro país enfrenta una demanda ante la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, interpuesta por CASA ALIANZA, organismo internacional privado que lucha contra este flagelo; el argumento que se esgrime es la poca respuesta que el gobierno costarricense ha dado ante el problema.

Es preciso poner fin a este fenómeno mediante una acción concertada a nivel local, nacional e internacional, ya que todo niño o niña tiene derecho a una plena protección contra todas las formas de explotación y abuso sexual. Esto está reafirmado en la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento jurídico internacional de alcance universal. La Convención exige a los Estados parte, proteger a los niños frente a la explotación y los abusos sexuales y promover tanto la recuperación física y psicológica como la reintegración social de las víctimas infantiles[2].

PROSTITUCIÓN INFANTIL

Definición

Es una forma de explotación sexual comercial, entendida como el empleo comercial para actividades sexuales de personas menores de dieciocho años, donde existe remuneración económica u otro tipo de beneficios y regalías entre la niña o niño, el cliente y los intermediarios. La explotación sexual comercial también puede manifestarse por medio de pornografía o trata y venta de niñas y niños con propósitos sexuales[3]. Consiste en una violación a los derechos humanos que tiene graves repercusiones sociales y personales, ya que incide negativamente en la capacidad para definir y decidir el propio proyecto de vida en una etapa crucial como lo es la infancia y la adolescencia.

Este tipo de explotación sexual está tipificado en el Código Penal costarricense, el cual castiga hasta con diez años de prisión a quien promueva la prostitución de personas menores de dieciocho años, de cualquier sexo, o las induzca a ejercerla, las mantenga en ella o las reclute con ese propósito. Sin embargo, al amparo de esta norma, por muchos años se penalizó solamente al "explotador", no así al cliente que reduce a la persona menor de edad a una simple mercancía.

Con la entrada en vigencia de la Ley contra la Explotación Sexual de las personas menores de edad, a partir del mes de agosto de 1999, se creó un nuevo tipo penal denominado "relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad", el cual va más allá, y penaliza tanto al usuario como al intermediario de la prostitución infanto-juvenil; atribuye responsabilidad penal al usuario o usuaria de este tipo de explotación

---

(1) Ley comentada contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad. Henry Issa El Khoury, Ivannia Monge Naranjo.
(2) Documento sobre la "Declaración y Programa de Acción", Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños, Estocolmo, Suecia, 27-31 agosto de 1996.
(3) Explotación Sexual en Costa Rica, "Análisis de la ruta crítica de los niños, niñas y adolescentes hacia la prostitución". María Cecilia Claramunt.

sexual comercial. En el nuevo tipo penal se castiga hasta con diez años de prisión a quien pague a una persona menor de dieciocho años, de cualquier sexo, o prometa pagarle o darle a cambio una ventaja económica o de otra naturaleza, para que ejecute actos sexuales o eróticos.

De acuerdo con el documento denominado "Estudio de Antecedentes" del Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial Infantil (World Congress Against Commercial Sexual Explotation of Children: 1996), la explotación sexual contra niñas y niños es un problema presente en todos los países del mundo, que afecta principalmente a las niñas provenientes de familias pobres. Aunque se reconocen múltiples factores causales, se evidencia particularmente la injusticia económica y las disparidades entre ricos y pobres; la discriminación de los grupos minoritarios que obligan a la migración y desintegración familiar; las actitudes culturales que otorgan escaso valor a las mujeres y las niñas; el deterioro de las estructuras familiares de contención y la existencia de explotadores(4).

Reseña histórica

En nuestro país, son escasas las investigaciones históricas realizadas sobre el tema de la prostitución infanto-juvenil; sin embargo, para la elaboración de este trabajo fue de gran utilidad la investigación realizada por el historiador costarricense Juan José Marín Hernández, profesor de la Escuela de Historia y Geografía de la Universidad de Costa Rica, quien luego de analizar documentos que datan de mediados del siglo XIX e inicios del siglo XX, elimina el mito de que este es un problema nuevo y confirma que sus raíces siempre han sido las mismas, la pobreza, el hacinamiento, la violencia intrafamiliar, el lucro, entre otros.

Señala la historia, que del año 1850 a 1900 San José deja de ser un poblado y poco a poco adquiere los rasgos de ciudad, gracias a la apertura de teatros, hoteles, restaurantes, locales comerciales y talleres, lo que acelera la segmentación del espacio social y económico de la ciudad. Ya para finales del siglo XIX, las áreas periféricas, en especial el sur y el noroeste, estaban habitadas por sectores populares, en graves condiciones de hacinamiento y como consecuencia, se inicia la tugurización de esas barriadas. Entre tanto, la burguesía cafetalera se apropia del noreste, donde crea zonas residenciales exclusivas. La marginalización y la desigualdad sociales crecieron junto con la infraestructura comercial y los barrios populares; las personas convivían entre tiendas, almacenes, hosterías, burdeles y cantinas, con sus clientelas de prostitutas, obreros y jornaleros.

La prostitución era aceptada por el Gobierno, de manera tal, que llevaba registros de ella, con fines exclusivamente sanitarios, y se permitía, según los registros, a las mujeres con una edad mínima de quince años, ejercer esta actividad.

Con base en dichas estadísticas, un 75,6 por ciento de las prostitutas tenían entre los 15 y los 24 años de edad y solo un 11,6 por ciento tenían de 25 a 29 años; y a partir de los treinta años eran pocas las mujeres que ejercían la prostitución. Sin embargo, la vejez no implicaba necesariamente el abandono del oficio, algunas podían ascender de grado, al comenzar a ejercer la alcahuetería. Tal fue el caso de una mujer de apellido RIVERA, quien siendo una niña, en el año de 1895, con escasos 12 años de edad, ya era prostituta, posteriormente figuró como meretriz oficial y en diversas ocasiones fue acusada de incumplir varias disposiciones del reglamento venéreo. Posteriormente en 1918, ya con 33 años de edad, era administradora de un burdel y vendía a su sobrina por cincuenta pesos.

Caso especial lo constituyeron algunas menores de quince años de edad, quienes por necesidad escapaban de su casa y eran introducidas al oficio por alcahuetas, las cuales se aprovechaban de esa situación ofreciéndoles regalos y dinero. Se registran también casos en los cuales las niñas eran iniciadas por un familiar, tal es el caso de CASILDA de trece años de edad, quien vivía con su madre en el barrio de La Bomba, cerca del Paso de la Vaca, en un chinchorro de latas y el día 10 de abril del año 1923, su madre llegó a la casa acompañada por dos soldados que estaban fuera de servicio. Entre la madre, los dos amigos y Casilda se gestó un ambiente festivo. Más tarde, uno de los hombres comenzó a manosear las piernas y los pechos de la niña; luego procedió a tener relaciones con la menor, con la anuencia de la madre; aspecto que marcó el inicio de la niña en la prostitución.

(4) Idem.

En los meses de setiembre y noviembre del año 1834, por medio del periódico "La Tertulia", se clamó por modernizar los reglamentos sobre prostitución, pues los que estaban en vigor pertenecían al período colonial. En 1836 se promulgó un conjunto de disposiciones al respecto, basadas en las leyes españolas dadas por la Corte de Cádiz en el decenio de 1810. Entre las medidas que se aprobaron, figuraba la prohibición de ejercer la prostitución, por lo que se establecían multas para los alcahuetes y los corruptores de mujeres. Tal legislación, sin embargo, tuvo poco éxito y rara vez se aplicó[5].

En la actualidad no encontramos mayores diferencias; vemos como el pasado y el presente confluyen en forma paralela, dando cuenta de niñas que bajo la tutela de alcahuetas, proxenetas, o sus propios familiares, venden sus cuerpos para satisfacer sus necesidades más elementales de sobrevivencia.

Respuesta del Estado costarricense

En el año 1930, se creó una institución estatal denominada Patronato Nacional de la Infancia, cuyo fin primordial era brindarle protección a la niñez costarricense; no obstante, esa institución no respondió adecuadamente a las necesidades de ese grupo, sino que erróneamente orientados bajo la doctrina de la situación irregular, la cual visualizaba al menor no como un sujeto de derechos y obligaciones, sino como un objeto de mera protección, dio inicio a la historia de la institucionalización de las personas menores de edad, por razones de pobreza, mendicidad, etc., pero sin combatir ni dar una verdadera respuesta al origen de su problemática.

Para el año 1949, nuestra Carta Magna, otorga rango constitucional a dicha institución, determinando por medio del ordinal 55 que la protección especial de la madre y del menor estaría a cargo de una institución autónoma denominada Patronato Nacional de la Infancia, con la colaboración de otras instituciones del Estado.

En el año 1990, Costa Rica ratifica la Convención sobre los Derechos del Niño, quebrando con ello el paradigma de la doctrina de la situación irregular y adoptando el nuevo modelo denominado "PROTECCIÓN INTEGRAL DEL MENOR", bajo el principio del "Interés superior del niño", y comprometiéndose a protegerlos contra todas las formas de explotación y abuso sexual. Con ese fin se obliga a tomar en particular todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral necesarias para impedir la incitación o la coacción para que un menor de edad se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; así como su explotación en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales y la explotación en espectáculos o materiales pornográficos.

Nuestros gobernantes æaunque en forma muy lentaæ comienzan a cumplir parcialmente los compromisos adquiridos; seis años después se promulga la Ley de Justicia Penal Juvenil, un año después entra en vigencia el Código de la Niñez y la Adolescencia, el cual al menos en la letra, le brinda una protección integral a los menores, estableciendo claramente que la persona menor de edad tendrá el derecho a ser protegida por el Estado contra cualquier forma de abandono o abuso intencional o negligente, de carácter cruel, inhumano, degradante o humillante que afecte su desarrollo integral; determinando además dicho articulado, que el Patronato Nacional de la Infancia, el Instituto Mixto de Ayuda Social y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, brindarán las oportunidades para la promoción y el desarrollo humano y social, mediante los programas correspondientes y fortalecerán la creación de redes interinstitucionales, así como organizaciones de la sociedad civil que prevengan el abuso, el maltrato y la explotación, en sus distintas modalidades, contra las personas menores de edad.

Respuesta del Poder Judicial

Con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal, en el año 1998, el Ministerio Público sufre una serie de cambios importantes en su estructuración; entre ellos, se crean distintas fiscalías divididas por especialidades, siendo una de ellas la **Fiscalía contra los Delitos Sexuales y la Violencia Intrafamiliar**.

A partir del mes de enero de ese mismo año, cada fiscalía asume materialmente la totalidad de los casos que la policía judicial tenía en sus manos para investigar; aspecto que permitió determinar que el delito de proxenetismo agravado (prostitución infantil), no estaba dentro de la gama de delitos sexuales clasificados como prioritarios para su investigación.

(5) La Prostitución en Costa Rica, Juan José Marín Hernández, Profesor de la Escuela de Historia y Geografía de la Universidad de Costa Rica.

Un estudio estadístico llevado a cabo durante el período comprendido entre 1987 y 1997, demuestra que los delitos de prostitución investigados en ese decenio, no sobrepasan los asuntos ya conocidos por la fiscalía en un año y medio de existencia:

Año	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998
Casos	1	2	0	1	3	0	0	7	7	2	4	3

TOTAL: 30 casos durante un período de diez años [6].

Con la creación de dicha fiscalía, se concentra en un solo órgano la recepción, tramitación e investigación de estos delitos, lo cual permite no solo dimensionar la problemática existente, sino la necesidad de unificar criterios de investigación a nivel nacional.

Durante el primer año de existencia de la fiscalía, se recibieron veintisiete denuncias por proxenetismo, cuyo análisis dejaba ver que los proxenetas, en cierta forma, manejaban una organización compuesta por taxistas, recepcionistas y botones de los hoteles; a la vez que utilizan a personas en lugares estratégicos, tales como aeropuertos y hoteles, en donde reparten documentación tendente a promocionar el negocio de prostitución en general, utilizando igualmente la vía del Internet para ese fin. Asimismo, se detecta que extranjeros, principalmente norteamericanos, radicados en nuestro país o simplemente que llegan como turistas, obtienen los servicios sexuales de nuestros niños, niñas y adolescentes a cambio de dinero. Aspecto que anteriormente no se había detectado por la carencia de un órgano especializado en la investigación, tan es así que inicialmente encontramos reticencia para admitir que estábamos ante un problema de delincuencia organizada, con estructuras semejantes al tráfico de drogas, robo de vehículos, etc., y que la investigación debía realizarse bajo los parámetros establecidos para el tratamiento del crimen organizado. No fue sino hasta mediados del año 1999, en que en nuestro país se lleva a cabo un seminario internacional sobre crimen organizado, donde los expositores europeos inician sus ponencias sobre el tema, indicando que la prostitución infantil es un ejemplo claro de esto.

A inicios del año 1999, se acuerda crear un equipo especializado para la investigación exclusiva de estos delitos, compuesto por dos oficiales del OIJ y ocho investigadores del Ministerio de Seguridad Pública (CIFP); el cual comienza a trabajar bajo la dirección funcional de la coordinadora del despacho.

Entre los meses de febrero a noviembre del año señalado, se llevan a cabo varias investigaciones, algunas de las cuales requirieron meses para poder determinar la existencia del hecho, ya que fue necesario llevar a cabo infiltraciones seguimientos, marcación de billetes, allanamientos, etc., lográndose detener con abundante material probatorio a 22 proxenetas, entre ellos tres norteamericanos, uno de los cuales actuaba en colusión con su servidora doméstica y llevaba a su hogar a niñas entre los 9 y 15 años de edad, a quienes prostituía a cambio de dinero, y los otros dos, estaban explotando sexualmente a personas menores de edad a cambio de droga, y producción de pornografía. Estos resultados se logran a pesar de las múltiples limitaciones que se tiene, tanto de recursos humanos como materiales. El personal con que se cuenta actualmente es insuficiente, si se considera que en el año 1999 se recibieron 124 denuncias y en lo que va del año 2000 ya se han recibido otras 43. En la mayoría de los casos no se cuenta con el equipo adecuado para llevar a cabo las investigaciones; se echan de menos cámaras de vídeo adecuadas que permitan grabar de noche y con un alcance considerable. El trabajo, generalmente, se realiza con equipos prestados por organismos privados, que luchan contra este tipo de delincuencia.

Por su parte, los seis oficiales del Ministerio de Seguridad Pública que a la fecha participan en estas investigaciones, ni siquiera cuentan con una cámara de vídeo y mucho menos con un vehículo que les permita realizar su trabajo, por lo que en la mayoría de los casos, las investigaciones las ejecutan utilizando su vehículo personal, o simplemente viajando a pie, lo que muchas veces se ha convertido en un obstáculo para priorizar correctamente las investigaciones.

La víctima también se ha constituido en un obstáculo para la persecución de este tipo de delitos, ya que, no obstante que, la explotación sexual degrada y lesiona su cuerpo, su sexualidad, sus afectos y su autonomía, a la vez que acarrea daños en el desarrollo de su identidad, afectando, según los expertos en la materia, "el quién soy, cómo soy, qué quiero, qué lugar ocupo en la sociedad, qué lugar ocupo en los sentimientos el otro y qué lugar ocupo en mi propio deseo"[7], por las circunstancias que le han llevado a esa situación, no se

(6) "Estadísticas 1987-1998", Departamento de Planificación, Poder Judicial.
(7) Ley contra la Explotación Sexual de Menores.

considera lesionada o agraviada por la acción del explotador, sino más bien, por la acción que realizan las autoridades, por cuanto se les elimina, al menos momentáneamente, su fuente de ingreso, la cual asciende por lo general a considerables sumas de dinero, siendo que las víctimas por sus limitaciones personales cuando se logra detener a un explotador, es muy poco tiempo el que transcurre para que las víctimas caigan nuevamente en manos de otro explotador, o del mismo, pero manejado por otro socio, siempre bajo su dirección, y ya que el Estado costarricense hasta el momento no ha dado una respuesta a estas personas, se recurre al Patronato Nacional de la Infancia y la respuesta es que después de las diez de la noche la institución está cerrada.

En cuanto a los taxistas, se ha detectado que son el principal nexo entre el explotador-víctima-cliente; sin embargo, las víctimas los perciben como amigos que las ayudan a conseguir los clientes, consideran que sin ellos todo sería más difícil, por estas razones, muchas veces se niegan a colaborar con las autoridades.

La experiencia ha indicado que la estrategia de investigación tiene que estar orientada hacia un trabajo de inteligencia que involucre seguimiento, vigilancias, infiltraciones, marcación de billetes, vídeos, etc.

Ley contra la Explotación Sexual de los Menores

Cabe indicar que al aprobarse la Ley contra la Explotación Sexual de los Menores, se amplió el marco de protección a las víctimas menores de edad, ya que como indicamos líneas atrás, se crean nuevos tipos penales, entre ellos "La Fabricación o Producción de Pornografía", que castiga hasta con ocho años de prisión a quien fabrique o produzca material pornográfico, utilizando a personas menores de edad o su imagen. Igualmente, dicha norma castiga hasta con cuatro años de prisión a quien comercie, transporte o ingrese en el país ese tipo de material con fines comerciales.

De acuerdo con los comentarios realizados a dicha norma, la amplitud de la tipificación busca penalizar cualquier tipo de actividad del iter criminis, o sea, de la ideación del delito, así como cualquier actividad posterior en la que se utilice a una persona menor de edad o su imagen en el contenido del material pornográfico. En el primer párrafo se señalan dos acciones: "fabricar" (que en este contexto significa producir objetos en serie), o "producir" (que en la sétima acepción del Diccionario de la Real Academia significa crear cosas o servicios con valor económico) material pornográfico en el que se utilicen personas. La segunda parte describe la conducta de comercialización de ese material. En el segundo párrafo se incluye la penalización de las conductas de comercializar, transportar o ingresar al país ese material pornográfico. Aun cuando en el proyecto de ley se incluía la penalización de la tenencia de ese material, los legisladores se opusieron al mismo, alegando tutela de la intimidad personal. El debate sobre este punto se mantiene abierto, sobre todo tomando en cuenta la obligación del Estado de tutelar la imagen del niño y de la niña, por encima de cualquier otro interés o derecho de las personas adultas.

También se creó el delito de "Difusión de pornografía" que castiga con cuatro años de prisión a quien comercie, difunda o exhiba material pornográfico a personas menores de edad o incapaces. Esta norma sanciona la venta, donación, préstamo, exhibición o cualquier otra forma de difusión de pornografía a personas menores de edad, conductas que pueden ser tomadas como formas de corrupción, pero que fueron pensadas como un tipo penal independiente, en atención a la problemática que inspiró la reforma[8].

Estos tipos penales traen un problema más, que nos obliga a documentarnos y prepararnos para asumir una investigación que reviste una gran complejidad, debido a que generalmente estas conductas delictivas se llevan a cabo por medio de la utilización de INTERNET.

LA EXPLOTACIÓN SEXUAL INFANTIL POR MEDIO DE INTERNET

¿Qué es Internet?

Es una red de redes que enlaza computadoras y usuarios en todo el mundo. Las llamadas "autopistas electrónicas" permiten la comunicación y el intercambio de información en tiempo real entre los lugares más remotos del planeta. Se habla, hoy día, de una "comunidad virtual", una forma emergente de convivencia humana que se reproduce a ritmo vertiginoso.

(8) Ver: YAMAN AKDENIZ: "The Regulation of Pornography by the Internet", 1997, The Journal of Informations, Law and Tecnology. http://elj.warwick.ac.uk/jilt/internet/97lakdz/akdeniz.htm

En 1995 el número de usuarios de Internet, a nivel mundial, apenas superaba los 44 millones; en 1998 ascendió a casi 182 millones; para fines del 2000 se estima en más de 349 millones y para el 2005 en alrededor de 766 millones[9].

Internet plantea una nueva dimensión de la relación humana, una dimensión donde las variables de tiempo y espacio se han modificado radicalmente. Esto tiene, sin lugar a dudas, consecuencias jurídicas que demandan urgente atención. El crimen organizado o individual, ha encontrado en Internet campo fértil para su desarrollo y crecimiento al amparo de una visión distorsionada que pretende promover la Red como tierra de nadie o paraíso de la impunidad. Nada más lejos de la verdad. En primer lugar, porque la Red tiene sus propias reglas y quien no las respeta es desconectado; en segundo lugar, porque los sujetos que en ella interactúan son sujetos de derecho según los distintos ordenamientos positivos; en tercer lugar, porque el espacio cibernético es, valga la redundancia, un espacio y como tal está regulado.

Los delitos que se están cometiendo en perjuicio de menores en la Red revisten distintas modalidades:

a.- La pornografía infantil.
b.- La relación de pedófilos con niños y jóvenes como antesala de encuentros personales para abusar sexualmente de ellos, y
c.- Los convenios entre adultos para el tráfico de niños o para lograr contactos sexuales con menores.

Las tres se complementan, se alimentan, cooperan; cada una potencializa las demás. Autoridades policiales y judiciales en distintos lugares del mundo han establecido nexos claros entre la pornografía y el incremento de crímenes sexuales violentos.

En 1996, fue condenado a seis años de prisión un sacerdote británico, el Padre Adrián McLeish, de 45 años de edad, bajo los cargos de abusos deshonestos a varios menores de edad y de haber utilizado Internet para la distribución de pornografía infantil. Se comprobó que uno de los menores abusados figuraba en el material enviado por Internet. En 1998, Jeremy Strohmeyer fue condenado a cadena perpetua por el asesinato de una niña de 7 años en un casino de Las Vegas. El convicto declaró que la facilidad con que podía conseguir pornografía en Internet lo había impulsado al crimen.

La pornografía infantil y la relación de pedófilos con niños utilizando la Red han constituido una grave preocupación en los países del primer mundo y ya se han organizado fuertes campañas en su contra. Se ha legislado al respecto, se han establecido controles policiales y numerosos abusadores han sido ya juzgados y condenados. Los mismos proveedores de servicios de Internet han debido asumir su responsabilidad, tanto civil como penal, derivada de contenidos dañinos o ilícitos en la Red. El gerente en Alemania de la filial de Compuserve fue acusado y condenado por no bloquear el acceso al público alemán a grupos de noticias que mostraban pornografía violenta con niños o animales y a juegos identificados como moralmente dañinos para la juventud.

En nuestros países, la preocupación se encuentra asociada a la tercera de las modalidades indicadas, que se traduce en prostitución infantil y el turismo sexual. Internet se ha convertido en escaparate inigualable para esta oferta perversa. ¿Cómo opera? Básicamente en una forma encubierta que no logra, sin embargo, borrar la ilicitud de la conducta[10].

Recientemente el gobierno de los Estados Unidos, en un esfuerzo de cooperación con nuestro país, envió personeros del FBI especializados en la investigación de delitos sexuales perpetrados en perjuicio de las personas menores de edad vía Internet; estos, por espacio de una semana, brindaron capacitación a un grupo de treinta operadores del sistema judicial, entre fiscales, policías e investigadores informáticos, enseñándoles que efectivamente, las personas que utilizan Internet para cometer tales hechos, y de acuerdo con la legislación vigente en nuestro país, sí pueden ser investigados e individualizados.

Con mucha facilidad se encuentran en distintas direcciones de Internet, explícitamente vinculadas a las palabras "sex" o "sexo", el ofrecimiento de servicio de "escoltas" o "acompañantes, eufemismo con el que ahora se designa a quienes ejercen la prostitución. Muchas de las páginas aclaran que las jovencitas son mayores de dieciocho años; sin embargo, la experiencia nos indica

(9) "La promoción de la prostitución infantil en Internet", Alicia Pifarré Pan, Consultora en Desarrollo Organizacional e Informática Educativa.

que, una vez formalizado el contacto vía telefónica y contratado el servicio mediante la utilización de una tarjeta de crédito, el cliente puede dar a conocer su preferencia por menores de edad y la oferta, lejos de retirarse, despliega nuevas posibilidades de elección, obviamente incrementando los costos. La incidencia de esta publicidad electrónica en el incremento de la prostitución infantil es clara.

CONSIDERACIONES FINALES

Hemos intentado reseñar, por un lado, la existencia de un grave problema social como lo es la explotación sexual infanto-juvenil, el cual viene carcomiendo nuestra sociedad desde hace muchos años y, por otro lado, las medidas que se han tomado para combatir el mismo.

Se ha creado un marco legal que permite el combate jurídico del mismo, pero eso por sí solo no es suficiente. Debemos tener claro que las personas dedicadas a esta explotación actúan organizadamente y la Policía, Ministerio Público, jueces, sociedad civil, debemos combatirlos en una forma conjunta, de manera tal que respetando las garantías procesales, podamos detener y juzgar a estas personas.

El proxenetismo genera grandes sumas de dinero a quienes se dedican al mismo, por lo que tienen sofisticados sistemas de contacto con los eventuales clientes. La mayor parte de la prostitución infanto-juvenil, no se da en nuestras calles, sino en lugares privados manejados por personas inescrupulosas, que los explotan y en esa medida se recomienda conceder una alta prioridad a la acción contra la explotación sexual comercial de los niños y asignar recursos adecuados para este fin.

Se debe promover una cooperación más sólida entre los Estados y todos los sectores sociales para prevenir la participación de los niños en el comercio sexual y reforzar el papel de la familia en la protección de los niños contra este flagelo.

Hay que examinar y revisar la legislación, a fin de lograr reformas que permitan la investigación de estos delitos con mayor facilidad, tales como las intervenciones telefónicas, la pérdida de los bienes de los proxenetas que estén siendo utilizados para la explotación sexual de los niños, niñas y adolescentes.

En cuanto a las denuncias, los fiscales y policías no debemos esperar a que las mismas lleguen a los escritorios; se debe actuar de oficio, revisando revistas donde se promueve el turismo, anuncios clasificados de los periódicos, navegar en Internet, etc.

A pesar de que abogamos por un combate eficaz contra el problema desde el ámbito judicial, consideramos que la principal batalla para erradicar el mismo, o al menos disminuirlo considerablemente, debe ser dada en el campo de la prevención por medio de la elaboración de programas y políticas que brinden una adecuada protección a las personas menores de edad para evitar que caigan en manos de los explotadores sexuales.

* * *

DERECHO A LA MATERNIDAD Y PATERNIDAD EN LA LEGISLACIÓN LABORAL CENTROAMERICANA[1]

Máster Rodrigo Jiménez Sandoval
Consultor del ILANUD

El proceso reproductivo otorga funciones y responsabilidades tanto para los hombres como para las mujeres. Algunas serán compartidas, por lo que un trato diferenciado podrá configurar una discriminación directa. También podrá constituirse esta discriminación en el caso de que el trato diferenciado sea desfavorable por razón del embarazo. Pero una gran mayoría de las funciones responden a las diferencias biológicas entre los sexos.

Estas diversidades, basadas en el aparato reproductivo, rompen el concepto de discriminación directa. El comportamiento diferenciado obedece a una clara disimilitud. No se considera discriminatorio tratar diferente lo que es diferente. El embarazo constituye una de esas diferencias inmutables y su trato se amplía en el tiempo por las consecuencias que surgen de él.

Alguna jurisprudencia norteamericana lo ha asimilado con situaciones de enfermedad[2], pero al tratarse de un fenómeno diferente para cada sexo, no existe una comparatividad. En la sentencia Geldulgig versus Aiello (417 U.S 484) se rectifica aquella posición al afirmarse que *"un embarazo normal es una condición física con características únicas e identificables de manera objetiva"*, por lo cual es imposible el caso de hombres en similar posición.

El legislador deberá detectar y tratar de neutralizar las situaciones o comportamientos discriminantes que se traducen en obstáculos y barreras para la igualdad de oportunidades.

Salvo la Constitución Política nicaragüense, que en su artículo 74 hace referencia al derecho a la protección del proceso reproductivo, los ordenamientos jurídicos centroamericanos parten de una protección a la maternidad[3]. Esta diferencia conceptual implica percibir de modo diferente la función reproductiva.

En este último caso se refuerza el criterio de que una vez fecundado el óvulo, los hombres son simples observadores del proceso. Se trata de una forma de eximirlos de responsabilidades, incentivar la paternidad irresponsable y acentuar las diferencias de trato desfavorable para las mujeres, únicas a quienes, según este criterio, afecta la reproducción.

Esto tiene una doble consecuencia: por una parte las convierte en únicas beneficiarias de los derechos provenientes de las protecciones que de ellas derivan; por otra, les atribuye toda la carga de responsabilidad, extendiéndola incluso a la atención a la familia. Al identificarse a la mujer con la madre, se incurre en un familismo que la aprisiona en la esfera del hogar.

El criterio de protección al proceso reproductivo abre las puertas para iniciar cambios sustanciales respecto de las responsabilidades de ambos sexos en estas funciones. Lo que se protege es la procreación en el ámbito laboral, y es la sociedad la beneficiaria del derecho, del cual disfrutarán las mujeres embarazadas, sus compañeros y la persona recién nacida.

Dada la complejidad que surge como resultado del trato diferencial, el estudio de cada uno de estos derechos requiere un análisis detallado. El diferente trato puede responder a dos situaciones: primero, a las obvias diferencias biológicas, y en este caso, como se mencionó, no constituye discriminación; segundo, a construcciones sociales que traen como consecuencia desigualdades en el ejercicio de los derechos.

---

1 Extracto de la Investigación sobre Igualdad de Género en el Derecho Laboral Centroamericano de la Organización Internacional del Trabajo, Proyecto Derecho de las Trabajadoras de la Maquila y el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Programa Mujer, Justicia y Género.

2 Caso Turley vs. Alders Department Stores Ltd.

3 Artículo 68, Constitución Política de Panamá.

Las Leyes centroamericanas coinciden en la responsabilidad estatal de proteger la maternidad y paternidad en el ámbito laboral por medio de las siguientes medidas:

a) Evitar faenas perjudiciales para la salud de la mujer embarazada

La medida se da en dos momentos: antes y después de la contratación. En algunos países se regula en el ámbito constitucional. Es el caso de Guatemala, en cuya Constitución Política[4] se prohíbe exigir a las embarazadas trabajo cuyo esfuerzo ponga en peligro su gravidez. En el sistema internacional de protección de los derechos humanos, la CEDAW (artículo 11, inciso 2 d) se refiere a "prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajo que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella".

Este derecho se reconoce en el ámbito legal en varios códigos laborales centroamericanos[5], en los cuales se prohíbe exigir de las embarazadas labores incompatibles con su estado, o faenas perjudiciales o que pongan en peligro la procreación. La forma en que se interpreten estos términos puede tener efectos desfavorables para la contratación de embarazadas.

Si las mujeres antes del embarazo estuviesen realizando labores perjudiciales para su salud, el patrono está en la obligación de trasladarlas sin menoscabo de su salario y reintegrarlas una vez concluido el parto[6]. Esto podrá significar un gasto adicional por parte del patrono en el entrenamiento de la persona que sustituirá a la trabajadora, y en la productividad obtenida, así como en la contratación a tiempo fijo de otra trabajadora.

El período de protección para la mayoría de los ordenamientos es durante el embarazo, salvo en Guatemala[7], donde se otorgan tres meses antes del alumbramiento, en clara contradicción con el artículo 11, inciso 2 d) de la CEDAW.

Es recomendable un mayor desarrollo interpretativo para definir el significado de labores peligrosas, así como regular el derecho al traslado temporal con igual salario y la ampliación del derecho durante todo el embarazo. Asimismo, se deben buscar soluciones para mitigar el gasto adicional en que incurren los patronos por una posible baja en la productividad o entrenamiento del personal sustituto.

b) Asegurar que las jornadas no perjudiquen el proceso de procreación

Su objetivo es proteger la salud de la mujer embarazada en caso de ser necesario. La figura jurídica únicamente ha sido desarrollada por los Códigos de Trabajo de Nicaragua y Panamá.

El primero establece que no podrán ser incluidas en roles nocturnos una vez cumplidos los seis meses de gravidez, y el segundo prohíbe las jornadas extraordinarias, los turnos rotativos, las jornadas mixtas o nocturnas.

A nuestro parecer, ambas regulaciones pueden tener efectos desfavorables para las mujeres. Para las partes patronales estos requisitos se traducen en mayores costos debido al impacto en la producción, la eficiencia del trabajo y los gastos administrativos en que se puede incurrir para ajustar las jornadas por la ausencia de la mujer embarazada.

Se requiere una regulación objetiva del Derecho, la cual no genere supuestos privilegios que luego se traduzcan en graves perjuicios para el acceso laboral de las mujeres. El objeto de la regulación perfectamente puede estar cubierto por el derecho de la mujer embarazada a no realizar faenas perjudiciales para la salud.

c) Brindar servicios de salud reproductiva

El Convenio 3 de la OIT de 1919, sobre la protección de la maternidad, ratificado por Panamá y Nicaragua, establece el derecho de la embarazada a contar con un médico o una comadrona. Con posterioridad, los Estados de la región asumen, respecto del servicio de atención en salud reproductiva, compromisos internacionales[8] más abarcadores, los cuales incluyen

[4] Artículo 102, inciso k), Constitución Política de Guatemala.

[5] Artículo 110, Código de Trabajo de El Salvador; artículo 151, Código de Trabajo de Guatemala.

[6] Artículo 140, Código de Trabajo de Nicaragua.

[7] *Artículo 151, Código de Trabajo de Guatemala.*

[8] *Artículo 9, inciso 2), Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.*

servicios para la planificación de la familia y servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el posparto[9].

En la realidad los Estados han asumido compromisos formales desarrollados en la normativa interna[10], pero estos son poco eficaces y no aseguran el goce de estos derechos para las mujeres centroamericanas. Probablemente se deba a la necesaria inversión financiera estatal para cumplir con esta normativa.

La violación de los derechos a la salud reproductiva se manifiesta en embarazos no deseados y enfermedades. Esto se traduce en ausentismo, incapacidades, bajas en la productividad, etc., que afectan el pleno disfrute de los derechos laborales de las mujeres.

d) Asegurar la estabilidad laboral a la mujer embarazada

El objetivo de este derecho está dirigido a asegurar la estabilidad laboral que puede verse afectada a raíz de discriminación por el embarazo o sus efectos[11]. Así lo han entendido los Estados al promulgar normas constitucionales[12] que garanticen la estabilidad laboral de la mujer grávida. La comunidad internacional ha establecido varias regulaciones que obligan a cumplir con dicha garantía a los Estados que han ratificado los instrumentos[13].

Las leyes centroamericanas no son uniformes respecto del tiempo de la protección. Debido a esto, en algunos países abarca el período comprendido entre el momento en que se notifica el estado de gravidez hasta que concluye el descanso posparto[14]; en otros comprende el período de lactancia[15]; y aun hay algunos en que se extiende hasta por un año[16].

En caso de que la parte patronal considere que se dio una causa justificada para el despido y proceda en consecuencia, debe seguir un proceso para su debida autorización por parte de una autoridad administrativa[17] o judicial[18]. Conseguida esta, el patrono podrá despedir a la trabajadora, lo cual no significa que ella no pueda acudir a los órganos jurisdiccionales si considera que su despido ha sido injustificado. Constituyen salvedad los ordenamientos de Honduras y Guatemala, donde no se contempla esta autorización previa: una vez despedida, la trabajadora deberá acudir a los tribunales de justicia para hacer valer sus derechos.

Si la parte patronal la despidiera sin cumplir con el proceso establecido y sin causa justificada, las consecuencias, según sea el caso, pueden ser: reinstalación en el puesto[19], pago de salarios caídos, pago de indemnización[20] o rompimiento del contrato laboral con las responsabilidades correspondientes.

Debe tenerse claro que el presente derecho se otorga para proteger a las mujeres de posibles despidos injustificados cuya razón es el embarazo, pero este derecho no crea un fuero especial de impunidad laboral para la trabajadora, la cual puede ser despedida con justa causa. El proceso de autorización del despido debe ser expedito, seguro, justo y lo más simple posible, no solo para que el patrono elimine una serie de prejuicios por erróneas interpretaciones de los artículos que afectan los criterios de contratación para las mujeres, sino también para que las que fueron despedidas sin justa causa reciban la compensación lo más pronto posible.

Respecto de las sanciones, deben realizarse reformas, especialmente en lo que concierne a la reinstalación, ya que esta dependerá de cada caso. Si produce efectos negativos, las mujeres despedidas injustamente requerirán de otro tipo de indemnización establecida por ley[21].

---

[9] *Artículo 12, CEDAW.*
[10] *Artículo 141, Código de Trabajo de Nicaragua.*
[11] *557 denuncias presentadas a raíz del despido por embarazo en 1999. Fuente: Dirección Nacional de Inspección de Trabajo, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de Costa Rica.*
[12] *Artículo 68, Constitución Política de Panamá.*
[13] *Artículo 11, inciso 2) de la CEDAW.*
[14] *Artículo 143, Código de Trabajo; artículo 113, Código de Trabajo de El Salvador; artículo 144, Código de Trabajo de Honduras.*
[15] *Artículo 151, inciso 5), Código de Trabajo de Guatemala y artículo 94, Código de Trabajo de Costa Rica.*
[16] *Artículo 68, Constitución Política de Panamá.*
[17] *Artículo 94, Código de Trabajo de Costa Rica; artículo 144, Código de Trabajo de El Salvador.*
[18] *Artículo 106, Código de Trabajo de Panamá.*
[19] *Artículo 151, Código de Trabajo de Guatemala.*
[20] *Artículo 94, Código de Trabajo de Costa Rica.*
[21] *Entrevista al juez coordinador de los juzgados de trabajo en el II Circuito Judicial de San José, Fernando Salazar Alvarado, (La Nación 12-3-2000): "Aunque le permite escoger entre la reinstalación y la indemnización, la práctica nos ha dicho que ellas prefieren esto último".*

e) Brindar licencia de maternidad y ajuste familiar

El Convenio 3 sobre la protección de la maternidad de 1919, otorga licencia por seis semanas antes y seis después del parto. La CEDAW, en su artículo 11, inciso 2 b), se refiere a *"implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdidas del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales"*. Reafirma este derecho el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 9, inciso 2).

Un objetivo es proteger la salud de las mujeres en estado de gravidez, ya sea durante el embarazo o una vez finalizado por parto o aborto[22]. En este caso se mantiene el trato diferenciado para las embarazadas con respecto a sus compañeros.

f) Beneficiar el ajuste familiar por el parto o por la adopción[23] de un hijo o hija

Esta situación no requiere un trato diferenciado y configura una discriminación directa con sus elementos correspondientes. Produce bilateralidad porque ambos sexos se ven afectados por la diferenciación de trato: las mujeres gozan de un derecho que afecta sus oportunidades laborales por el costo que ello puede significar; y los hombres no gozan del beneficio de ajuste familiar necesario con la llegada de un nuevo miembro. No existe una causa justificable para el trato diferenciado.

Conforme a las legislaciones centroamericanas, se requiere de certificación médica para determinar el inicio de la licencia prenatal. La legislación panameña, incluso, contempla el servicio gratuito en este sentido[24].

Los períodos de descanso son antes y después del parto. El primero obedece, casi en su totalidad, a razones de salud de la mujer embarazada. Conforme al Convenio 3 de la OIT (ratificado por Nicaragua y Panamá) se deben otorgar seis semanas de descanso previo al parto, lo cual cumple únicamente la ley panameña.

Es importante establecer un período corto para los hombres con el objeto de incentivar su participación activa en el proceso del parto a que contribuye al ajuste familiar.

Para el período posterior, el Convenio de la OIT establece seis semanas. Este sí es respetado por todos los Estados de la región, los cuales, por lo general, otorgan incluso un plazo mayor al establecido.

En este caso, es recomendable conceder al hombre un período de adaptación (aunque menor al de la mujer, ya que parte del tiempo brindado a esta se da por razones de salud), a fin de que participe en el ajuste familiar. En Guatemala, el ordenamiento jurídico le otorga al padre una licencia por nacimiento de hijo(a)[25].

La CEDAW establece claramente que el descanso es remunerado. Su pago le corresponde al seguro social o se comparte con el patrono[26]. El monto corresponderá al salario devengado, o en su defecto, al promedio de salarios obtenidos en los últimos meses si este es mayor al monto reportado. Esto para evitar cualquier reducción por diversas razones, como la disminución de pago de horas extra.

El cobro al patrono de parte de la remuneración de la embarazada, trae efectos adversos para las mujeres, al incrementarse los costos del empleador cuando las contrata y ellas quedan embarazadas. Para romper con esta discriminación directa, el Estado deberá cubrir en su totalidad el pago de la licencia por gravidez.

El proceso reproductivo es de interés social. Los descansos no interrumpen la continuidad del contrato: su suspensión[27] es contraria al artículo 11 de la CEDAW, citado con anterioridad, y se constituye en una norma inconstitucional.

Urgen las reformas legislativas necesarias para eliminar las discriminaciones existentes y las acciones judiciales que declaren la inconstitucionalidad de las normas que incumplen con los compromisos internacionales asumidos por los Estados de la región.

---

[22] *Artículo 112, Código de Trabajo de Panamá.*

[23] *Artículo 152, inciso f), Código de Trabajo de Guatemala.*

[24] *Artículo 108, Código de Trabajo de Panamá.*

[25] *Artículo 61 ñ, Código de Trabajo de Guatemala.*

[26] *Idem.*

[27] *Artículo 65, Código de Trabajo de Guatemala.*

g) Otorgar el derecho de lactancia

El Convenio 3 de la OIT es pionero en la regulación de este derecho, al otorgar dos descansos diarios de media hora para tales efectos.

Conforme a la ley nicaragüense de la lactancia materna, artículo 1, las actividades para promoverla e incrementarla se declaran de interés público; caso semejante es la ley costarricense de lactancia 7430.

Las reglas que rigen este derecho se encuentran, en su gran mayoría, en los códigos de trabajo de cada uno de los países del área y regulan cuatro aspectos:

- Duración del derecho

No existe uniformidad respecto de la duración. Se dan parámetros de doce meses[28], diez meses[29], seis meses[30] o el tiempo que dure el descanso de posparto, el cual podrá ampliarse con certificación médica.

- Tiempo autorizado para otorgarla

Respecto del tiempo autorizado se dan las siguientes modalidades: quince minutos cada tres horas[31]; dos medias horas dos veces al día[32]; una hora diaria, la cual puede ser tomada antes de iniciar o de concluir la jornada laboral[33].

- Lugar donde se brinda

Los(as) patronos(as) están obligados a acondicionar, en el sitio de trabajo, un lugar adecuado para que las mujeres amamanten a sus hijos(as). Algunas legislaciones determinan un número mínimo de trabajadoras[34] para que el patrono se vea obligado a realizar tal acondicionamiento.

Esta disposición tiene inconsistencias prácticas. Las mujeres solo podrán amamantar a sus hijos(as) si cuentan con guarderías o centros de cuidado infantil en el caso de los quince minutos cada tres horas, o en el de dos medias horas dos veces al día.

- Pago del tiempo dedicado a ella

El tiempo otorgado para la lactancia será contabilizado como laborable para efecto del pago salarial[35].

h) Asegurar la no prescripción de los derechos

Para la legislación nicaragüense, conforme al artículo 261 del Código de Trabajo, la prescripción no correrá para los permisos de maternidad.

El cumplimiento y goce de los derechos a la protección de la reproducción, tal y como están concebidos en la actualidad, implica diversas percepciones según sean los sujetos involucrados.

Para la parte patronal: baja productividad, gastos en entrenamiento, inversión, ausentismos, incapacidades, pago de tiempo no laborado, pago de licencias de maternidad[36], etc.

Para las trabajadoras: no contratación laboral, despido por razones de embarazo, tensión y ansiedad, hostigamiento laboral para su renuncia, etc.

Para los Estados: compromiso formal en muchos casos con pocas obligaciones y aun sin concretar.

Para los compañeros de vida de las trabajadoras: ausencia total en el proceso reproductivo sin efectos negativos en su relación laboral.

---

[28] Artículo 2 de la Ley de Fomento a la Lactancia No. 7430 de Costa Rica.

[29] Artículo 153, Código de Trabajo de Guatemala.

[30] Código de Trabajo de Honduras.

[31] Artículo 143, Código de Trabajo de Nicaragua.

[32] Artículo 104, Código de Trabajo de Panamá.

[33] Artículo 312, inciso 3, I Código de Trabajo de El Salvador.

[34] Artículo 143, Código de Trabajo de Nicaragua.

[35] Artículo 312, inciso 2), Código de Trabajo de El Salvador.

[36] Según informe del área de prestaciones de dinero de la CCSS de Costa Rica, esta atendió un total de 9455 casos por maternidad y desembolsó más de ¢525 millones en esas prestaciones.

Estas percepciones traen como consecuencia que a las mujeres se las discrimine, se las excluya, oprima y violente en todo el ámbito laboral. Por lo tanto, urge modificar la legislación e implantar normas que corrijan los problemas existentes.

Los patronos deberán asumir la responsabilidad rompiendo tanto con los prejuicios en contra de las mujeres, así como las normas relacionadas con la procreación. Asimismo, entre otras medidas deben desarrollar estudios para mejorar los sistemas productivos y crear ambientes cálidos de trabajo libres de violencia contra las mujeres embarazadas.

El Estado, por su parte, debe asumir su responsabilidad en la procreación, brindando los servicios correspondientes e invirtiendo mayores recursos en incentivos, como exoneraciones fiscales, para cubrir parte de los gastos en que incurren los patronos por esta causa.

Las leyes deben involucrar más a los compañeros de las mujeres embarazadas en el proceso de procreación, otorgándoles derechos que, a su vez, equilibren la decisión de los empleadores de contratar preferiblemente hombres.

i) Prestaciones de maternidad[37]

Se reconocen en normas constitucionales[38], tratados internacionales[39] y normas ordinarias[40]. Se encuentran contempladas en los derechos a la seguridad social de que gozan todos(as) los(as), trabajadores(as), e incluyen la asistencia médica prenatal, durante el parto, puerperal y hospitalaria.

Se originan en la obligación social de proteger la reproducción. Entre sus usuarias se destacan las trabajadoras y las compañeras de los trabajadores. Su reconocimiento no ha tenido gran oposición, tal vez por tratarse de un beneficio que las mujeres gozan en algunos casos por derivación de los hombres. Inclusive en la legislación costarricense es el primer derecho que se les reconoce en un matrimonio de hecho.

---

37 Ver, en las discriminaciones indirectas, apartado de derechos a la seguridad durante el contrato laboral.

38 Artículo 73, Constitución Política de Costa Rica.

39 Artículo 9, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

40 Artículo 5, Resolución Ministerial Relativa al Trabajo en las Zonas Francas radicadas en la República de Nicaragua.

UNA NUEVA DIMENSIÓN DEL DEBIDO PROCESO A TRAVÉS DE LA CONCILIACIÓN JUDICIAL

Lic. Luis Alfonso González Vargas
Juez Conciliador

Cuando se promueve la conciliación como medio de solución de conflictos, surgen diferentes interrogantes de las razones que pudieren motivar esta iniciativa. ¿Entenderán las personas realmente de qué se trata?, ¿Considerarán que la conciliación es una etapa meramente procesal?, ¿Qué pasa en nuestra sociedad con los principios de respeto mutuo y solidaridad?, ¿Estarán dispuestos los seres humanos a comprometerse para construir una cultura de paz? Es en ese instante, cuando descubro a una sociedad inmersa dentro del proceso de globalización ante el advenimiento del nuevo milenio, desconcertada por la imposibilidad de poder arreglar sus diferencias de una manera equitativa y razonada, y responsabilizando a un sistema que consideran reservado para los legos del Derecho.

Esta sociedad parece desconocer los razonamientos de muchas decisiones que atañen a sus verdaderos intereses y motivaciones, pues se les tiene relegadas de un proceso de justicia participativa, a uno basado en el principio de Legalidad, propio de un Estado de Derecho como el nuestro. Sin embargo, la realidad permite apreciar que el paradigma tradicional de un sistema vertical de resolución judicial y las desigualdades económicas y sociales existentes, impiden obtener una mejor calidad de vida, hasta que no se fomenten valores y principios de solidaridad y apoyo mutuo que permitan una mejor convivencia social.

Es comprensible que todo proceso de interacción humana conlleve el enfrentamiento de opiniones en la toma de decisiones, donde cada parte sostiene un punto de vista personal, ya sea por conveniencia personal, ejercicio de poder, o por simple testarudez, que vienen a ser influenciados por patrones culturales de competitividad, mala información o la misma presión gubernamental como estrategia de crecimiento científico y tecnológico.

Evidentemente en dicha interacción, los sentimientos, el respeto mutuo, las necesidades de justicia y equidad, satisfacción personal y equilibrio social no son siempre los pilares de los acuerdos que mejor satisfacen, sino de la imposición del más fuerte o influyente en la decisión final, o si no a través de un proceso formal, sujeto a estrategias de triunfo que no necesariamente refleja el interés real de los directamente afectados, donde el diálogo abierto, es transformado en discursos jurídicos interminables, dejando como resultado un ganador y un perdedor, que probablemente constituirá el eslabón necesario para el inicio de otro conflicto latente, igual o mayor, entre partes involucradas.

Surge por ello, la necesidad de preguntarse de quién es la responsabilidad de que los conflictos cada día aumenten, así como las razones que impiden que la solución de los mismos no haya sido la más óptima, generando altos índices de violencia e individualismo personal. ¿Será acaso que el sistema judicial actual es insuficiente para dar soluciones acordes con las nuevas exigencias de la época?, ¿Dependerá exclusivamente del Estado que los seres humanos logren establecer relaciones de consenso? Es necesario por lo tanto, precisar que en ningún caso los asuntos en disputa, deben estar asignados exclusivamente a los órganos de administración y de gobierno, como reguladores de los supremos poderes, sino a la actitud de cada hombre o mujer para poder utilizar los medios legales existentes, que les permitan ser escuchados en la búsqueda de acuerdos más justos y equitativos.

Debemos comprender ante todo, que los derechos de la persona humana residen en el hecho de que el hombre es un ser dotado de razón y libre voluntad, y que posee un fin propio. La persona humana por ser un todo, dueño de sí y de sus actos, no puede ser tratada por el ordenamiento jurídico como un medio, sino como un fin y, por ello, debe reconocérsele la facultad de obrar conforme a las exigencias del último fin y garantizársele, por parte de los demás integrantes del grupo social, el respeto al uso lícito de su actividad y al resguardo de sus expectativas y deseos, que aspiran a su autorrealización y desenvolvimiento como ser humano.

De esta manera, surge uno de los principales desafíos que debe emprender el país en la promoción de una educación formal, que reinserte las exigencias éticas o valores y los derechos humanos entendidos

paralelamente como derechos de todos, que si bien se encuentran incorporados dentro del ordenamiento jurídico, deben entender que a cada derecho humano, como derecho moral, le corresponde paralelamente el respeto de los derechos de otra parte.

La ejecución de este proyecto implicará desarrollar un sistema integral de educación, estableciendo primero las condiciones básicas para crear un programa de justicia a través de la producción de materiales informativos que resalten la dignidad humana y el respeto entre los hombres y mujeres, entendidos como sujetos de derechos y obligaciones constitucionales, además del respeto al derecho de los demás como vía para exigir el respeto individual y la importancia de construir una sociedad con igualdad de condiciones para cada uno, continuando con la capacitación de aquellos padres, docentes, representantes gubernamentales y líderes comunales, con el fin de orientarlos a restaurar el concepto de respeto al ser humano, de manera que las personas puedan resolver sus propias inquietudes por medio de la comprensión, la reflexión y el diálogo mediante la conciliación, como una nueva política de desarrollo y crecimiento personal.

A través de la historia, las expectativas de los hombres y mujeres se van modificando y como consecuencia surge la importancia de un cambio de actitud personal para contribuir al logro de relaciones más estables y armoniosas con nuestros semejantes, sin esperar que ellos respondan de determinada manera sino mediante técnicas de convicción clara de búsqueda de necesidades conjuntas como sociedad civilizada.

Por lo tanto, surge el interés de reeducarlos, por medio de programas de educación, comenzando con las primeras experiencias escolares, que ayuden a estudiantes y a educadores a comprenderse a sí mismos y a los demás, de manera tal, que conozcan de técnicas y habilidades en métodos de resolución de conflictos que les serán útiles para toda su vida.

Este tipo de entrenamiento motiva a los jóvenes a desarrollar habilidades como la autocrítica, el entendimiento, el respeto al derecho ajeno, la tolerancia y la resolución de problemas a través del diálogo, sirviendo de instrumento para fomentar los valores cívicos, democráticos, cooperativos y éticos, para formar el respeto a los derechos y deberes del individuo como mecanismo para alcanzar los objetivos personales y colectivos, incrementando el interés individual por la resolución amigable de los conflictos, en tanto se acerca la justicia al individuo y se reafirma el verdadero sentido de la justicia y el desarrollo de los valores cívicos.

Así, al fortalecer desde la etapa escolar los valores sociomorales del individuo, gracias a la práctica y la exigencia de los derechos y deberes fundamentales, se propicia una nueva relación del individuo consigo mismo, facilitando el conciliar y consolidar las relaciones entre el niño y su familia, sus amigos y su escuela, mejorando las relaciones individuo-comunidad, y por último, consolidando la formación del niño con las exigencias del sistema, en cuanto a las leyes, normas sociales, valores y cultura donde se desenvuelve.

A partir de esta premisa, debe buscarse una eficiencia óptima en el servicio de la administración de justicia, propiciando técnicas de facilitación y de comunicación con el fin de lograr soluciones negociadas, que puedan ser más satisfactorias que la decisión oficial, sin perjuicio de que se adopten las medidas cautelares del caso. La pregunta que debe plantearse por lo tanto, es si hacemos mutaciones dentro del paradigma que rige o debemos cambiar ese paradigma. Evidentemente, las necesidades actuales exigen un cambio en el paradigma existente, en pos de la eficiencia del servicio para lograr una mayor celeridad, calidad y consecuente satisfacción de la parte.

Si examinamos las pautas que rigen nuestro proceso civil, detectamos que es estatal, manejado solo por abogados, escrito, predominantemente dispositivo, con varias instancias, dejando de lado la libertad contractual, que es reconocido en nuestro ordenamiento jurídico como un principio constitucional, que precisamente constituye la base jurídica de la validez de los acuerdos conciliatorios, que por regla general tienen la fuerza obligatoria que determina nuestro Código Civil como principio general de Derecho, en el entendido de que debe cumplir con requisitos previos para su efectividad, como posibilidad, licitud, objeto determinado o determinable, susceptible de valoración y referido a derechos disponibles, como bien lo contempla la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos incorporada recientemente en nuestro sistema jurídico.

Por su parte, el proceso penal actual busca rescatar el papel de la víctima y el damnificado por medio de mecanismos que les permitan defender sus intereses en forma adecuada, dentro y fuera del proceso penal, aun sustituyendo al Ministerio Público en los casos en que este por razones de oportunidad o legalidad, estime que no debe continuarse con la investigación de la acción

atribuida. Si la función primordial de la justicia constitucional es la de buscar la solución más justa, interpretando y aplicando las normas dentro del contexto de un sistema democrático de Derecho, inspirado en el respeto a la dignidad de la persona e igualdad de trato y oportunidad, deben prevalecer los intereses de la víctima u ofendido, para concederle la oportunidad de ejercer, en un plano de igualdad, los recursos tendentes a lograr la defensa de sus intereses.

Según lo ha expuesto ya la jurisprudencia constitucional, se establece un conjunto de principios básicos a los cuales los individuos y el Estado deben ajustar su actuación en el ámbito de la justicia, en el entendido de que las personas han de encontrar reparación para las injurias o daños, interpretándose claramente que se está disponiendo que las leyes deben orientar la tutela de los derechos quebrantados mediante normas que, por una parte, regulen o amparen el derecho de cada uno, y por otra, establezcan los instrumentos procesales adecuados para que las personas tengan acceso a la justicia.

Es evidente que no existe una interpretación restrictiva de la posibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio entre las partes y de la constitucionalidad de la misma como fundamento de su existencia, aun en los casos de excepción contemplados, salvando las limitaciones establecidas por ley; que la misma jurisprudencia constitucional ha considerado no es violatorio del principio de igualdad, pero no porque no se reconozcan las aristas básicas del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva mediante la conciliación, sino por razones de seguridad jurídica.

En el bloque de constitucionalidad costarricense vigente, concretamente en los artículos 41 ***(derecho general a la justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes)*** de la Constitución Política, 4 y 8, inciso 1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como también en los artículos 4 ***(justicia pronta y cumplida)*** y 6 ***(principio de objetividad de los jueces)*** del Código Procesal Penal vigente, es que se reconocen las bases del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en esa materia. No solo se reconoce el derecho de todo individuo que se considera perjudicado por un hecho ilícito, sea en sus intereses patrimoniales o en sus intereses morales, a pedir la intervención estatal en la solución de su conflicto, sino a ser oído con todas las garantías del derecho de defensa, además se admite y garantiza el derecho del sujeto damnificado a pedir y obtener, dentro de un plazo razonable, una solución, de acuerdo con las particularidades de tutela del interés lesionado, que permita restablecer a la víctima a la condición anterior al daño causado.

La Sala Constitucional, por su parte, lo ha definido como "el derecho fundamental a la justicia, entendida como la existencia y disponibilidad de un sistema de administración de justicia, comprendido como un conjunto de mecanismos idóneos para el ejercicio de la función jurisdiccional, al declarar el derecho controvertido o ***restablecer el violado,*** interpretándolo y aplicándolo imparcialmente en los casos concretos, mediante órganos judiciales independientes y especializados, para resolver conflictos que origina la vida social, en forma civilizada y eficaz, y el acceso garantizado a esa justicia para todas las personas, en condiciones de igualdad y sin discriminación de ninguna especie". Admite además, una clara violación al principio de justicia pronta, la duración excesiva de los juicios que se tramitan principalmente en esta materia, pues los juicios deben ser resueltos, por razones de seguridad jurídica, en plazos razonablemente cortos y sin dilación injustificada.

Esta situación jurídica de Derecho Constitucional exige, de parte de los órganos que administran justicia penal, el reconocer a la víctima como sujeto interesado en el resultado del proceso, en el entendido de darle plena audiencia y participación en todo lo que toca a su interés lesionado y procurar que en su labor de consecución del interés público, vía investigación, acusación y solicitud de aplicación de la reacción estatal, se permita la pronta reparación integral del interés victimal lesionado, sin que se atente contra las condiciones fundamentales de subsistencia de la comunidad jurídicamente organizada, lo cual requiere de acciones tendentes a su prevención y a la reinserción del infractor en la sociedad, garantizando el interés jurídico individual de la víctima, a no ser revictimizado, con sentimientos de inseguridad y desconfianza, que menoscaba de manera integral la salud física y mental y obligando a recuperar su honor y el patriotismo, entre otras condiciones de vida, cuya reparación requiere prestaciones compensatorias a cargo del individuo y consecuentemente para el Estado.

Razones de más, para determinar que la **Conciliación** en nuestro país, sí tiene sustento constitucional, lo que exige, no solo que se tomen medidas para prevenir el delito, reinsertar socialmente a los delincuentes y resocializar a las víctimas, sino

también medidas que aseguren la realización de uno de los pilares fundamentales de la comunidad jurídica organizada: ***"La solución pacífica del conflicto delictual"***.

La disyuntiva es, pues, mantener un justo equilibrio en la tríada entre libertad individual, interés general y el derecho de las víctimas. Es por ello, que las nuevas corrientes procesales tienden hacia un sistema acusatorio, en donde las partes pueden intervenir en el proceso, no solo el imputado, sino los afectados por el hecho ilícito que se investiga. Este aspecto, sin embargo, no fue debidamente desarrollado por la Convención Americana, ya que las garantías procesales del debido proceso están diseñadas claramente en beneficio del imputado, aspecto tal, que como sostiene el licenciado Víctor Manuel Rodríguez Rescia, debe ser objeto de revisión con el fin de buscar un equilibrio con los derechos de las víctimas, de manera que las legislaciones de los Estados se preocupen por darle mayor participación directa en cada uno de los procesos en que intervienen, máxime considerando que actualmente existe una nueva disciplina empírica de corte sociológico llamada "Victimología", cuyo objeto de estudio se centra en el estudio de la víctima del delito.

Los administradores de justicia de nuestro país, han concebido de esta manera el principio del debido proceso, entendido únicamente como un "garanticismo proteccionista " del ciudadano frente a un poder casi ilimitado y más fuerte que él: el del Estado como responsable de investigar los actos que afectan la normal y armónica convivencia social, implementando reglas de procedimiento del contradictorio, publicidad, legalidad, inmediatez y oficiosidad, entre otros, en resguardo únicamente de una de las partes del conflicto, pero sin garantizar de manera efectiva la confianza y seguridad en el restablecimiento de los derechos de los demás sujetos procesales que intervienen en la solución del mismo, siendo imprescindible que el sistema judicial se reoriente en procura de otras soluciones alternativas, como un medio restaurador y efectivo dentro del proceso ya existente, sin que ello signifique el delegar la decisión en manos de un tercero, sino como un director y facilitador de las partes en apoyo a la solución del mismo, con procedimientos más efectivos y expeditos en aras de una justicia pronta y cumplida, reflejada en la mayor satisfacción de quienes han sido los directamente afectados por el conflicto.

Tales razonamientos consagran en los principios constitucionales del debido proceso y el derecho a la tutela judicial efectiva, un reconocimiento más acorde con las necesidades de todos los intervinientes en la solución de los conflictos, que como derechos fundamentales implican no solo el derecho a escoger, por parte del sujeto afectado en sus derechos o intereses legítimos, la vía judicial que estime más conveniente para su defensa, sino el mecanismo más apropiado para su solución, siempre que la vía escogida sea procesalmente correcta, conforme a las normas legales vigentes, constituyendo la denegación o privación de cualquiera de ellos, si fuere indebido, una violación del derecho, en tanto constituye una denegación a la tutela jurisdiccional efectiva.

Dichas disposiciones además de ser constitucionales, se complementan, entre otros, con el Pacto Internacional de Derechos y Deberes Civiles y Políticos de Naciones Unidas y con la Convención de Derechos Humanos. Ambos tratados de derechos humanos han sido ratificados por nuestro país y forman parte del bloque de constitucionalidad de los derechos esenciales, constituyendo obligación constitucional imperativa para todos los órganos del Estado su respeto y promoción.

De esta manera, surge la obligación de todos de construir un nuevo orden social, en el acuerdo de que cada rama judicial, el poder legislativo e incluso el ejecutivo, se dispongan a implementar un nuevo sistema procesal, que respetando nuestra cultura, nuestros valores, nuestros principios, permita hacer reales las garantías judiciales de todos los que se ven involucrados en la resolución efectiva de los conflictos sociales, a fin de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden más justo.

Es claro que no podemos seguir administrando justicia mecánicamente, alejados de la realidad y de los valores que orientan a nuestro Estado social de Derecho actual. Se hace necesaria una interpretación del principio del debido proceso, que se refleje en una justicia material acorde con la realidad auténtica de quienes reclaman en los estrados judiciales una solución que considere sus verdaderos intereses, y además, que reeduque en el proceso de formación de una mejor sociedad.

Es evidente que el proceso de constitucionalización e internalización del derecho fundamental al debido proceso adquirirá nuevas dimensiones, en la medida en que se consolide nuestra democracia y los órganos judiciales asuman un papel más protagónico en el desarrollo de nuestro país. La justicia constituye la base

del respeto a los derechos humanos y a partir de estos problemas se tiende a poner de relieve que la mera legalidad y el mero derecho no son suficientes, sino que abarca las concepciones más amplias entre ambos: justicia y derechos humanos.

En lo fundamental, el debido proceso tiene como pilares insoslayables los principios de audiencia previa y la igualdad de todas las partes procesales para ejercer sus derechos de defensa en idénticas condiciones, es decir, mediante el otorgamiento de iguales oportunidades para todos, que en última instancia persiguen una solución a su conflicto de manera más justa y equitativa.

Ese derecho fundamental significa ahora una mayor posibilidad de acceso a la justicia, pero quizá para un número más reducido de controversias, reformas judiciales para hacer más expedito el proceso judicial y fortalecer la independencia judicial, fortaleciendo los medios alternativos de solución de conflictos, así como la necesaria promoción de la participación de los individuos en el proceso judicial, en resguardo de los derechos humanos, garantizados en mecanismos procesales para la defensa de los intereses individuales, colectivos y difusos, ya no solamente en lo que se refiere al reconocimiento de la legitimidad procesal, sino en la consagración de los medios alternativos.

En tanto se propugne por una política de concientización de sus beneficios y correcta adecuación de la conciliación dentro de nuestro sistema judicial, se logrará una mayor "democratización de la administración de la justicia", tanto en la constitución interna del proceso jurisdiccional, a través de una mayor participación de los ciudadanos, individualmente o en grupos organizados, en la búsqueda de un fin común, mediante la simplificación de actos procesales, como en el acceso a la justicia, con servicios que garanticen la igualdad de las diferentes clases o estratos sociales, por medio de acciones educativas en los diferentes centros de enseñanza, centros de trabajo y con la colaboración de los medios de comunicación, como pilares de la reforma educativa y moral, en tanto los seres humanos comprendan la necesidad de convergencia en la consolidación del derecho humano a la paz y su reconocimiento como paradigma moral e intelectual, que se resume en el derecho a nuestra soberanía personal, esto es, a la vida y su dignidad, como fundamento de una cultura de paz.

Mis reflexiones en este ensayo, no pretenden agotar el tema de la conciliación en sede judicial, sino que constituyen una reflexión inspirada en mi experiencia como profesional y la firme convicción de que a través de dicho instituto y su correcta percepción en la administración de justicia, se logre un mejor desarrollo social.

BIBLIOGRAFÍA

FIX-ZAMUDIO, Héctor. Liber Amicorum. Presentado por César Gaviria, Volumen I y II. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Unión Europea, 1998.

SÁENZ, María Antonieta y otros. Para una reforma del proceso civil. Corte Suprema de Justicia. CONAMAJ. Costa Rica, 1999.

SOLARTE, Carmen. Lecciones de procedimiento penal. Radar Ediciones, primera ed., Colombia, 1996.

TOCORA, Fernando. Política criminal contemporánea. Editorial Temis S.A., Colombia, 1997.

JURISPRUDENCIA

SALA CONSTITUCIONAL. Voto 1739-92 del siete de enero de 1992.

SALA CONSTITUCIONAL. Voto número 829-98 de las diecisiete horas, quince minutos, del diez de febrero de 1998.

SALA CONSTITUCIONAL. Voto número 7115-98 de las dieciséis horas, con nueve minutos, del seis de octubre de 1998.

A PROPÓSITO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Lic. Jorge Chacón Laurito
Juez del Tribunal de Casación Penal

Gran polémica ha traído a los juzgadores de la materia penal, la aplicación de la normativa del Código Procesal Penal (enero de 1998), en relación con la gran cantidad de casos pendientes de juzgamiento iniciados con el Código de Procedimientos Penales de 1973. Para ubicar mejor el tema se hace necesario citar parte del comentario realizado por el señor Presidente de la Corte, en ese tiempo de la Sala Constitucional, Dr. Luis Paulino Mora, en la revista de esa Sala N° 72 de mayo de 1999, referente al voto 4397-99: "Puede decirse en forma simplificada, que el objeto de la consulta gira en torno a las reglas de la aplicación de la ley procesal, refiriéndose concretamente al conflicto que se suscita al momento de realizar la actividad procesal entre dos o más leyes que reclaman la vigencia para regir el acto o determinar sus consecuencias, y que son de vigencia sucesiva, concretamente a la definición de las reglas de prescripción de la acción penal conforme a lo dispuesto en los transitorios I y II del Código Procesal Penal, en tanto prevén la vigencia de la legislación procesal anterior (Código de Procedimientos Penales) a algunos casos pendientes al momento de entrada en vigencia de la nueva normativa procesal. ... Por su parte, en relación con el principio de la norma penal más favorable, se aclara que es de aplicación exclusiva a la ley sustantiva, cuando haya un conflicto de normas, y en beneficio del imputado o reo, conforme lo dispuesto en los tratados internacionales, concretamente en lo dispuesto en los artículos 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el artículo 12 del Código Penal. Consecuentemente, la determinación de las reglas de la prescripción de la acción penal constituye un problema de legalidad que corresponde verificar en cada caso concreto a los tribunales de justicia, ya que las reglas están definidas en los Transitorios I y II del Código Procesal Penal los cuales no son inconstitucionales".

Ahora bien, ya delimitado que las normas de prescripción de la acción penal, son un instrumento jurídico creado para limitar la potestad punitiva del Estado como sanción procesal por la inactividad de las partes procesales, al tratarse de normas instrumentales no deben ser confundidas con normas sustantivas y por consiguiente no puede mezclarse la normativa procesal del anterior código al nuevo.

Para poder entrar al problema práctico, en relación con el saber concretamente cuál es el plazo de prescripción, que se le debe aplicar a una causa tramitada con el anterior código, pero que no tenía auto de elevación a juicio, tenemos que ir al transitorio segundo del nuevo código, el cual en su primer párrafo indica: "Prescripción de causas pendientes. El plazo de prescripción de la acción penal en las causas pendientes en los tribunales, a las que se aplicará este Código, comenzará a correr a partir de la vigencia de este último", de tal forma que si una causa se encuentra en esa situación, por ejemplo, un hurto simple denunciado en el año 1997, en el cual se encuentra ya indagado el imputado pero no elevado a juicio, tenemos que al entrar en vigencia el Código Procesal Penal (enero de 1998), tácitamente se tienen por readecuados los procedimientos y en aplicación del artículo 31 del código citado, la acción penal prescribirá en tres años, contados a partir de enero de 1998, ya que el transitorio segundo lo que nos indicó es una causal de interrupción de la prescripción, la cual venía operando desde el momento de comisión del hecho. No debe confundirse este plazo total que indica el transitorio y el artículo 31, con el plazo reducido a la mitad de que nos habla el artículo 33, puesto que en este último se dan cuatro causales independientes también de interrupción de la acción penal y si se da cualesquiera de ellas, también se interrumpe la prescripción, pero a la vez, se reduce a la mitad el plazo anterior y para el ejemplo citado, se reduciría a dieciocho meses. Entramos en este artículo (33), en la discusión de definir en cuanto al inciso a), si la primera imputación formal la constituye la indagatoria o la audiencia preliminar, siendo a mi criterio que si bien existen bastantes diferencias entre la indagatoria como una intimación de hechos y la audiencia preliminar donde se le imputa directamente la acusación realizada por el Ministerio Público, dividida hecho por hecho, donde también se indica el delito, etc., la cual se podría decir es una verdadera imputación y no una simple intimación, pero que a todas luces para el suscrito, ambas constituyen una imputación real de cargos para el

acusado y así debe considerarse, solo que dicha imputación formal debe ser realizada luego de enero de 1998, para que produzca el efecto de la reducción de los plazos a la mitad. De tal forma que si en el caso concreto del hurto simple, si se dio la indagatoria en diciembre de 1997, es a partir de enero de 1998 que empieza el plazo completo de prescripción de tres años y si se dio la audiencia preliminar en diciembre de 1998, es en ese momento en que se reducen los plazos a un año y medio, por lo consiguiente aun resta ese plazo para el dictado de la sentencia, resolución que también viene a interrumpir la prescripción aunque no esté firme (inciso d) del artículo 33).

Para terminar, debo añadir que la discusión del tema a nivel de esta cámara de casación no ha sido pasiva y existe diversidad de votos que sostienen, los primeros el criterio de que iniciado el procedimiento con el nuevo Código Procesal produce la reducción de los plazos de prescripción a la mitad, como se sustenta en los votos 325 y 326, ambos del 2000, y los votos que mantienen el criterio esbozado por este servidor, en el sentido de que aplicando el transitorio segundo los plazos de prescripción se interrumpen y empiezan a correr de nuevo, reduciéndose a la mitad cuando se dé alguna de las cuatro causales del artículo 33, interpretando también la primera imputación como la indagatoria o la audiencia preliminar dictada a partir de enero de 1998, como se puede observar en los votos 340 y 410, ambos de dos mil.

El anterior manuscrito lo envío a la Escuela Judicial, no con el afán de considerar que mi criterio es el que debe prevalecer, sino con el afán de darle publicidad a un tema sumamente cuestionado a nivel nacional, para que esta publicación suscite discusión y haga prevalecer la mejor interpretación, en aras de una mejor Administración de Justicia.

* * *

LOS NOMBRAMIENTOS INTERINOS DE DOCENTES EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL[1]

Lic. Jimmy Bolaños González[2]

1. Introducción

En el marco más amplio de los derechos de los servidores nombrados interinamente al servicio de la Administración Pública[3], pretendemos profundizar el dato jurisprudencial emanado del Tribunal Constitucional, en lo que atañe a la relativa estabilidad que se le ha otorgado en la última década a los servidores interinos, analizando en particular el caso de los propiamente docentes del Ministerio de Educación Pública.

Esta actuación jurisdiccional, vino a modificar sustancialmente lo que se consideraba el ejercicio de una amplia e ilimitada facultad discrecional de la Administración para "quitar y poner a los libremente interinos", por considerarlo tanto violatorio de los derechos del servidor como perjudicial para la finalidad estatutaria de eficiencia de la propia Administración Pública.

La jurisprudencia es copiosísima, en tanto en esa cartera ministerial existen miles de plazas vacantes en las que en cada curso lectivo se designa personas cuyos nombramientos son provisionales, sea por licencia o incapacidad del titular quien entonces ha de ser sustituido[4], con el fin de que los niños y jóvenes que asisten a los centros educativos no se queden, ¡ojalá!, ni un solo día sin lecciones.

También se tienen casos comunes de *puestos vacantes* —de vieja data, así como por renuncia reciente y otros que año tras año se crean para atender las crecientes necesidades del servicio educativo, en este último caso mientras se concluyen los procedimientos de admisión de un servidor en propiedad— los que se hacen nombramientos interinos (en condición de suplencia o no), que se justifican en la necesidad de no interrumpir el servicio público para que continúe funcionando.

En todo caso, al inicio de cada curso lectivo, suelen acudir a la Sala Constitucional, en la vía de amparo, muchos educadores que prestaron servicios interinamente durante el curso lectivo anterior y consideran violentados sus derechos al no obtener en el siguiente curso lectivo el nombramiento que esperaban, situación sobre la cual quisiéramos con este artículo arrojar luz, en beneficio tanto del sistema de méritos como del proceso educativo, y por ende, del país en general.

2. El derecho del servidor interino a una estabilidad "impropia"

En la última década, han sido las resoluciones de la Sala Constitucional las que han venido agregando nuevos derechos[5] en favor de los servidores interinos, brindando el marco general que debe seguir la Administración en estos casos, dado el carácter vinculante "erga omnes" de la jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional (cfr. artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).

Es así como a partir de la Resolución N° 743-91 de las 15:35 horas del 17 de abril de 1991 y con abundantísima jurisprudencia posterior, sustentándolo tanto en el derecho al trabajo[6] que consagra el numeral 56 de la Constitución Política, como en una discriminación

---

[1] Conferencia impartida a los veinte directores regionales del Ministerio de Educación Pública, con motivo de su reunión mensual celebrada en La Fortuna de San Carlos, el 24 de junio del año 1999.

[2] Abogado de la Asesoría Jurídica de la Dirección General de Servicio Civil.

[3] Para conocer la evolución y alcances, en términos más generales, de los derechos de los agentes públicos interinos, puede verse el dictamen AJ-529-99 del 30 de setiembre de 1999 de la Dirección General de Servicio Civil.

[4] Se habla en estos casos de interino sustituto, reemplazante, subrogante o suplente, que es aquel que hace las veces de otro que se encuentra ausente o impedido para ejercer un empleo o función de la cual es titular, suplencia que se diferencia del interino en plaza vacante, es decir, del que se encuentra nombrado interinamente en un puesto o empleo público que carece de titular.

[5] Para un estudio mayor de los derechos a favor de los servidores interinos en la jurisprudencia constitucional, puede verse el oficio AJ-529-99 de fecha 29 de setiembre de 1999, emanado de la Asesoría Jurídica de la Dirección General de Servicio Civil.

[6] Sobre el derecho al trabajo como derecho fundamental pueden verse las resoluciones N° 2631-95, 3467-93, 5023-93, 1775-94, 1230-94 y 022-95, entre otras.

irracional en perjuicio de su "estabilidad"[7], nuestro Tribunal Constitucional ha sostenido reiterada y constantemente la improcedencia de sustituir a un interino por otro en las mismas condiciones de nombramiento, ya que ello violentaría los derechos del empleado cesado, de manera que les ha concedido si no una estabilidad propia como la que poseen los funcionarios en propiedad, sí una estabilidad que ha denominado ***"impropia"*** para los empleados interinos, según la cual dichos servidores tienen derecho a permanecer ocupando esas plazas hasta tanto no exista una necesidad objetiva de servicio público, que como consecuencia de la misma, haga desaparecer la causa que dio origen al nombramiento y amerite prescindir de la contratación en tales condiciones de interinidad.

Puede verse, por ejemplo, que la Sala Constitucional en Resolución N° 1755-91 de las 15:02 horas del 5 de setiembre de 1991[8] ha dicho que:

> ***"...es indispensable indicar que para que un asunto de naturaleza laboral sea de revisión por parte de esta Sala, se requiere que el funcionario público esté sujeto a lo que la doctrina Constitucional ha dado en llamar estabilidad propia, es decir que se encuentre adscrito al Régimen del Servicio Civil y por ende, que tenga garantizada su estabilidad laboral. La estabilidad impropia, —que es la que tiene la accionante por su condición interina— se caracteriza porque el patrono puede prescindir de este personal, aún sin procedimiento previo, siempre que actúe dentro de las situaciones objetivas de necesidad de servicio. En forma reiterada esta Sala ha señalado que el error no crea derecho y que las simples comunicaciones telegráficas no tienen la virtud de consolidar un nombramiento, sino que este nace a la vida jurídica cuando se cumple con el procedimiento que al efecto establecen las normas legales y reglamentarias aplicables..."***

3. La terminación del nombramiento de un interino en el Título I

En el ámbito del Título Primero del Estatuto de Servicio Civil, que aplica para todos los servidores administrativos amparados al régimen de méritos en el ámbito del Poder Ejecutivo, los cambios operados a raíz de la jurisprudencia constitucional en el tema que nos ocupa, fueron analizados ampliamente en sus alcances por la Asesoría Jurídica de la Dirección General de Servicio Civil en su dictamen AJ-168-94 del 19 de mayo de 1994.

La posición que dichos pronunciamientos legales sostienen es conteste con los alcances de los fallos del Tribunal Constitucional, de modo que en virtud de la estabilidad impropia del servidor interino, se indica que no es factible sustituirlo hasta tanto no lo sea por un servidor propietario, que accediera a esa condición mediante los mecanismos concursales[9] y escogimiento de terna[10] respectivos, así como en otros supuestos: la comisión de una falta grave de servicio, previo debido proceso legal y derecho de defensa respectivo[11]; el regreso del titular[12], llenar la plaza por promoción o traslado en propiedad[13] no interinamente[14], dejar el servidor interino de llenar los requisitos o perfil del cargo[15] por modificaciones al mismo, no prorrogar el nombramiento interino porque se considera innecesario el uso del puesto o por políticas de ahorro en el gasto público[16], etc.

Se trata de supuestos razonables y proporcionados que en realidad son de aplicación en todo el ámbito

---

[7] Para profundizar en la evolución genérica de este tema ver el artículo "Los derechos de estabilidad y trabajo en el empleo público", del Lic. Celin Arce Gómez, publicado en la Revista Judicial N° 69 de setiembre de 1998, págs. 31-47.

[8] En tal sentido pueden consultarse las resoluciones de la Sala Constitucional N° 2115-91 de 9:50 h del 18 de octubre de 1991 y las números 1349-94, 6671-94, 7145-94 y 2887-99 de las 17:21 horas del 21 de abril de 1999, entre muchas otras, que la distingue de la estabilidad propia, pero siempre como derecho al empleo.

[9] Véase la resolución de la Sala Constitucional N°.2041-95 de las 16:12 horas del 24 de abril de 1995, que habla de la sustitución de un destacado vuelto a reubicar —aun sin ocupar la plaza respectiva— pero que fue sustituido por un interino.

[10] Véaso la resolución de la Sala Constitucional N° 1989-92 de las 16:42 horas del 23 de julio de 1992.

[11] Véase la resolución de la Sala Constitucional N° 226-93 de las 12:33 horas del 15 de enero de 1993.

[12] Véase la resolución de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de las 8:40 horas del 10 de noviembre de 1995.

[13] Véase la resolución N° 2686-93 de las 10:18 horas del 11 de junio de 1993.

[14] Véase la resolución de la Sala Constitucional N° 7145-94 de las 16:21 horas del 2 de diciembre de 1993.

[15] Véanse las resoluciones de la Sala Constitucional N° 4744-93 de las 16:21 horas del 29 de setiembre de 1993 y 6773-93 de las 16:30 horas del 22 de diciembre de 1993. Sin embargo, tal posibilidad de cesar a un interino que no llena los requisitos de un puesto no debe hacerse arbitrariamente, sea sin darle audiencia previa y el derecho de defensa —véase la resolución de la Sala Constitucional N° 6089-98 de las 15:12 horas del 26 de agosto de 1998—.

[16] Véase la resolución N° 2940-95 de las 17:42 horas del 7 de junio de 1995 de la Sala Constitucional.

del empleo público, de los cuales no escapan el colectivo docente: cuando el interino es cesado por comisión de una falta previo procedimiento disciplinario[17], cuando se cesa el interino por regreso del titular[18]; nombramiento por selección en terna[19], traslado[20] o ascenso[21] en propiedad —no interinamente[22]— de un servidor o porque terminado el nombramiento no se prorrogó el mismo ni se designó a nadie más[23]. Asimismo, en el caso de los servidores docentes aumenta la enumeración, en virtud de algunos supuestos particulares del servicio público educativo, como por ejemplo: la disminución de matrícula[24], el recargo interino[25], el que no se haya autorizado el código de pago para la sustitución de ese puesto[26] aunque no se admite el cese de interinato por motivos de cambio de funciones en razón de enfermedad laboral[27], dispuesto por el Instituto Nacional de Seguros, y en aplicación del Reglamento de Licencias Especiales[28].

Cabe señalar, que la regla general de no sustituir al interino por otro se aplica aun en el caso de los nombramientos de personal docente que el Ministerio de Educación Pública subvenciona en determinados centros educativos privados[29].

Sin embargo, veremos a continuación, que las particularidades del régimen de carrera docente, han dado lugar a novedosas situaciones administrativas adicionales, en las cuales se ha aceptado el sustituir un interino por otro, e incluso, simplemente no nombrarlo en el siguiente curso lectivo.

4. La terminación del nombramiento de un interino en el Título II[30]

El Título Segundo del Estatuto de Servicio Civil, conocido también como Ley de Carrera Docente (Ley N°4565 de 4 de mayo de 1970 y sus reformas), regula al multitudinario colectivo funcionarial de los docentes que prestan servicio al Ministerio de Educación Pública, conteniendo disposiciones propias y específicas, en atención a las características tanto del docente como tal —en su preparación académica y demás atestados— y la naturaleza tanto del proceso como del servicio educativo en particular.

Así, el ordinal 107 de esa ley clasifica al personal en tres segmentos: profesores titulados[31], profesores autorizados[32] y profesores aspirantes[33], de acuerdo con su nivel de preparación, además de que para cada uno de esos segmentos se regula un escalafón diferenciado en grupos profesionales, también conforme a los atestados de cada quien (véanse los numerales 114 y siguientes de la ley, porque además se distribuyen las denominaciones de esos grupos profesionales por el nivel —ejemplo: preescolar (KT-KAO), primaria (PT), secundaria— y modalidad de enseñanza —ejemplo: para ejercer la docencia en centros académicos (MT-MAU) o técnicos-profesionales (VT-VAU), enseñanza especial (ET, EAU)—, etc.

Como regla general, los nombramientos de servidores docentes deben responder a dos prioridades: el segmento (titulados, autorizados y aspirantes. en ese

---

17 Véase la resolución de la Sala Constitucional N° 8845-99 de las 15:00 horas del 12 de noviembre de 1999.
18 Véanse las resoluciones de la Sala Constitucional N° 4946-95 de las 16:36 horas del 6 de setiembre de 1995, 223-98 de las 16:48 horas del 14 de enero de 1998 y 5522-99 de las 14:51 horas del 20 de julio de 1999.
19 Siempre que se llegue a concretar dicho escogimiento en propiedad, dado que si en definitiva no se presenta el escogido y se nombra a otro interino distinto al que venía anteriormente ocupando el puesto, cabe el amparo, conforme la resolución de la Sala Constitucional N° 7151-94 de las 16:39 horas del 2 de diciembre de 1994.
20 Véase la resolución de la Sala Constitucional N° 5522-99 de las 14:51 horas del 20 de julio de 1999.
21 Véanse las resoluciones de la Sala Constitucional N° 7249-94 y 1943-99.
22 Véase la resolución de la Sala Constitucional N° 3851-94 de las 9:09 horas del 29 de julio de 1994.
23 Véase la resolución N° 1763-98 de las 17:40 horas del 11 de marzo de 1998 de la Sala Constitucional.
24 Véanse las resoluciones de la Sala Constitucional N° 4017-95, 3672-97, 3966-97, 1468-98 y 1815-99. Incluso si hay en un centro educativo dos interinas y por matrícula solo un código se necesita, se cesa a la que posee el menor grupo, conforme resolución 1653-92 de las 9:39 horas del 19 de junio de 1992.
25 Véanse las resoluciones de la Sala Constitucional N° 296-95 de las 11:54 horas del 13 de enero de 1995 y 6012-99 de las 15:30 horas del 3 de agosto de 1999.
26 Véase la resolución de la Sala Constitucional N° 4191-94 de las 12:51 horas del 12 de agosto de 1994.
27 Véase la resolución 2065-93 de las 15:48 horas del 14 de mayo de 1993 de la Sala Constitucional.
28 Decreto Ejecutivo N° (SIC)
29 Véase al respecto la resolución N° 6329-98 de las 18:12 horas de la Sala Constitucional.
30 Para desarrollar este apartado agradezco al Lic. Carlos Campos, Director de la Asesoría Jurídica del MEP, por facilitarme mucha de la jurisprudencia, en materia de amparos, que se analiza.
31 Definidos por el artículo 108 como los que poseen título docente, según las especialidades respectivas, es decir, quienes han cursado estudios formales para ser docentes.
32 Definidos por el artículo 109 como aquellos que tienen un título profesional pero no con estudios pedagógicos.
33 Definidos por el artículo 110, y se refiere a quienes no tienen preparación académica profesional ni específica —docente— ni general —en otras profesiones—, constituido generalmente por personas que solamente han concluido la enseñanza secundaria.

orden) y en segundo lugar, al mayor grupo profesional, con lo cual se aseguran mejor los fines de la Ley de Carrera Docente (artículo 53 de la ley), el respeto al sistema de méritos y, en definitiva, contar en las aulas con los docentes más idóneos posibles, redundando en bien de toda la educación y del desarrollo nacional.

No obstante, debe considerarse que no todo el personal calificado y con mayor grupo está uniformemente distribuido a lo largo y ancho del territorio nacional, en el cual se ubican todos los miles de centros educativos, como tampoco necesariamente ciertos centros educativos son atractivos por muy diversos motivos para ejercer la docencia, de modo que no existen ofertas de personal calificado o la misma es insuficiente, acarreando consigo la necesidad de las autoridades ministeriales de nombrar algún maestro o profesor para no perjudicar a los alumnos que esperan recibir sus clases en el respectivo curso lectivo.

Estos últimos casos dan lugar a inopia y se encuentran debidamente regulados por la ley en los siguientes términos:

> "Artículo 96.- Cuando una plaza del personal propiamente docente a que se refiere el artículo 83, quedare libre por concepto de licencia, permiso del titular o cualquier otro motivo, durante un período mayor de un año y hubiere de ser llenada con un servidor interino, este deberá ser nombrado siguiendo el orden descendente de la nómina de elegibles, siempre que el candidato no tuviera plaza en propiedad de la misma clase de puesto.
> Cuando una plaza del personal propiamente docente quedare libre durante el curso lectivo o parte de éste, por motivo de licencia, permiso del titular o cualquier otra razón, el Ministerio de Educación Pública nombrará, en forma interina, al profesor sustituto que a su juicio sea más idóneo, del personal calificado del Registro que debe mantener la Dirección General de Servicio Civil. En ninguna circunstancia podrá nombrarse personal no calificado, salvo en los casos de inopia, de acuerdo con las normas del artículo 97 siguiente.
> En todo caso, la aceptación de un nombramiento interino por parte de un servidor calificado, por todo el período o el resto del curso lectivo, impedirá que durante dicho período sea escogido de la nómina de elegibles para un puesto en propiedad. La condición de interinidad impedirá el nombramiento en propiedad de un servidor calificado que haya sido nombrado por el resto del curso lectivo.
> Si durante el período lectivo se produjeren vacantes, estas podrán ser llenadas por servidores interinos, hasta el final del curso, o hasta el último día de febrero del siguiente año, según la naturaleza y condiciones del puesto. Los interinos que por su puntuación hubieren sido nombrados en plazas vacantes o en otras cuyos titulares gozaren de licencia o permiso, podrán continuar desempeñándolas, mientras no hayan podido ser llenadas o se prorrogare la licencia o permiso de éstos."

(Reformado por Ley Nº 4889 de 17 de noviembre de 1971).

> "Artículo 97.- A falta de personal calificado para servir plazas en instituciones educativas de cualquier tipo, podrán ser designados para ocuparlas, candidatos que, sin reunir la totalidad de los requisitos, se hayan sometido a pruebas de aptitud o concurso de antecedentes, que permitan seleccionar el candidato de mayor idoneidad, a juicio del Departamento de Personal del Ministerio de Educación Pública, quien contará para ello, con los servicios de los asesores supervisores correspondientes.
> Estos servidores ocuparán los cargos en calidad de "autorizados" o "aspirantes" y permanecerán en sus puestos mientras no haya personal calificado. Quedan a salvo los casos previstos en el artículo siguiente.
> Las relaciones de los educadores que ocupen puestos "interinos", en regirán por las disposiciones reglamentarias pertinentes, sobre contratos o (sic) plazo fijo."

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, se tiene entonces que en el caso concreto de sustituir a un servidor interino docente por otro interino, se conserva la regla general de que ello es improcedente por arbitrario, de forma tal que debe la Administración prorrogar el nombramiento para el siguiente curso lectivo, caso contrario el afectado puede, por la vía de amparo, hacer valer su derecho a la estabilidad impropia (véanse las resoluciones Nos. 1141-96 de las 15:21 horas del 6 de marzo de 1996, 1682-96 de las 10:36 horas del 12 de abril de 1996 y 2124-96 de las 15:09 horas del 8 de mayo de 1996, entre otras muchas).

No obstante, cabe la posibilidad de que en determinados casos sí sea factible sustituir a un servidor interino por otro, aun cuando lo sea en igual condición de provisionalidad, lo cual aplica en los casos en los que para el siguiente curso lectivo se logra contratar a un docente calificado que sustituya al aspirante[34] o autorizado[35] que se tuvo que nombrar por inopia[36], o no solo sustituir a un interino aspirante o autorizado por un interino calificado, sino incluso a un aspirante por un calificado[37].

Tal actuación administrativa no solo significa cumplir a cabalidad con la Ley de Carrera Docente, sus fines y regulaciones, sino que se sustenta en que esa mayor idoneidad del personal docente redunda en beneficio de la excelencia del sistema educativo, todo lo cual, más o menos en esos términos, ha sido reiteradamente sostenido por la Sala Constitucional en su jurisprudencia[38].

Incluso los nombramientos de interinos realizados en lugares alejados e insalubres al amparo de lo regulado por el numeral 98 del Estatuto de Servicio Civil, no autorizan para no considerar a un docente calificado dispuesto a servir en esas localidades, puesto que el estar estudiando al amparo de convenios, brinda una prioridad, a los que estén en igualdad de condiciones, pero no frente a profesionales que ya han adquirido una categoría mayor[39].

Si el panorama es claro y pacífico en punto a la procedencia jurídica de sustituir a un docente interino aspirante o autorizado, por un docente interino pero titulado —es decir, calificado—, no sucede igual al considerar la situación de los servidores interinos cuando son titulados —tanto el sustituido como el sustituto— pero calificados en distinto grupo del escalafón profesional.

El pretender la Administración sustituir a un interino por otro en igual condición de nombramiento, en donde ambos son calificados, pero uno con mayor grupo que el otro, no ha sido aceptado por la Sala Constitucional[40]:

> "...pues el criterio aplicado a base de méritos debió realizarse desde el inicio de la sustitución y no cuando esta ya se dio. Acoger el criterio de la accionada daría como resultado el hecho de que en el futuro, en detrimento de la estabilidad que cobija a los servidores interinos, se aduzca una mayor categoría profesional y prestarse ello para una mala aplicación del sistema de nombramientos del sector "público". (Resolución N° 1141-96 de las 15:21 horas del 6 de marzo de 1996).

En otra resolución, vuelve sobre este punto en los siguientes términos:

> "Si bien es cierto el Régimen de la Carrera Docente es un régimen de méritos, según el cual ante una vacante o sustitución del titular en un puesto propiamente docente la Administración está obligada a llenar la plaza, aún interinamente, con el oferente mejor calificado, ello no puede entenderse en perjuicio de quien, como en este caso, ha venido siendo nombrado interinamente en el puesto y por esa misma razón goza de una estabilidad impropia que le otorga un derecho al puesto oponible a cualquier otro servidor interino, pero ciertamente no frente al titular. En efecto, esta Sala no desconoce que la Administración debe cumplir con las regulaciones y procedimientos establecidos en el Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento, pero tales normas deben ser interpretadas

---

34 Véanse las resoluciones de la Sala Constitucional N° 6983-94 de las 15:51 horas del 29 de noviembre de 1994, 2528-95 de las 17:30 horas del 17 de mayo de 1995, 1198-96 de las 16:12 horas del 13 de marzo de 1996, 3169-99 de las 10:51 horas del 30 de abril de 1999, 1923-99 (SIC)

35 Véase la resolución de la Sala Constitucional 2887-99 de las 17:21 horas del 21 de abril de 1999. Sin embargo, en alguna ocasión el mismo Tribunal Constitucional se ha contradicho, como por ejemplo, en la resolución 5905-99 de las 16:12 horas del 28 da julio de 1999. Debe considararse que tampoco cabe sustituir aun por un interino calificado a un autorizado que se encuentre amparado por los términos del numeral 129 de la Ley de Carrera Docente.

36 Incluso, si se había aplicado un ascenso interino por inopia, el mismo puede concluir posteriormente cuando se encuentre para nombrar interinamente en su sustitución un candidato que reúna todos los requisitos exigidos, conforme la resolución N°2174-93 de las 15:30 horas del 3 de mayo de 1995.

37 Véase a este respecto la resolución de la Sala Constitucional N° 4176-95 de las 10:51 horas del 28 de julio de 1995.

38 Véanse las resoluciones N° 1839-97 de las 10:21 horas del 4 de abril de 1997, 5111-98 de las 19:42 horas del 15 de julio de 1998.

39 Véase al respecto la resolución N° 926-93 de las 11:12 horas del dos de febrero de 1993 de la Sala Constitucional. No obstante, en el caso de que ambos sean aspirantes, uno con convenio con las universidades estatales y el que se sustituye no, a pesar de encontrarse en situaciones distintas al ser más idóneo el primero, la Sala, al menos en un caso, no aceptó la sustitución —resolución 2182-93 de las 14:37 horas del 21 de mayo de 1993—.

40 Existen numerosos fallos a este respecto, algunos de los casos se transcriben más adelante. Pueden verse adicionalmente los siguientes: 2805-95, 925-96 y 1572-96.

correctamente a fin de que no se vulneren los derechos fundamentales de los servidores. Ahora bien, con excepción de los casos de inopia, en los cuales el nombramiento del servidor queda sujeto a la existencia de oferentes calificados para el cargo, la Administración no puede sustituir a un servidor interino por otro interino, aun cuando este último esté mejor calificado, ya que la Administración está obligada a comprobar la idoneidad del servidor al momento de hacer su nombramiento. De manera que, si el Ministerio de Educación Pública había nombrado, en años anteriores, al aquí recurrente interinamente como Profesor de Educación Musical en la Escuela Los Guidos de Desamparados por estar vacante la plaza, fue por cuanto el amparado cumplía con los requisitos para el cargo, pues no consta que lo fuera por inopia demostrada, de manera que era en ese momento en que la Administración debía nombrar a la persona más idónea según la lista de oferentes existente en ese momento, pero una vez verificado el nombramiento y comprobado el cumplimiento de los requisitos para el cargo, el servidor adquiere un derecho frente a cualquier otro servidor interino que se pretenda designar en el puesto que ocupa. La comprobación de idoneidad debe realizarla, entonces, la Administración en el momento de hacer el nombramiento interino inicial, sea en plaza vacante o en sustitución del titular, pues con ello surge un derecho a favor del servidor interino, sin que pueda verse afectado por la eventualidad de que, con posterioridad, aparezca otro oferente con mejor calificación. De manera que la interpretación que la Administración hace del numeral 114 del Estatuto de Servicio Civil, según el cual al momento de hacer el nombramiento se deberá tomar en cuenta a los candidatos de conformidad con el orden de grupos que establece el Estatuto, no es del todo correcta, pues ello es aplicable al momento de llenar interinamente la vacante o de hacer la sustitución del titular, pero no para efectos de la prórroga del nombramiento interino. Así las cosas, y toda vez que del informe rendido por el Director General de Administración de Personal del Ministerio de Educación Pública, se desprende que, no obstante haber venido ocupando el recurrente en forma interina una plaza como Profesor de Música en la Escuela Los Guidos de Desamparados fue sustituido por otra funcionaria interina, se ha producido la acusada lesión a su derecho al trabajo y a la estabilidad en el puesto, —pues aun cuando la servidora designada en su lugar tenga mejor calificación, el gestionante sí cumplía, al menos, con los requisitos para ocupar el puesto, de lo contrario no se le prorrogarían por parte de la Administración, los nombramientos hasta ahora obtenidos por el recurrente— así como tampoco consta que hubiese sido nombrado por inopia comprobada y, por ello, no podía la Administración negarse a prorrogarle su nombramiento interino y, en su substitución, designar a otra servidora también en forma interina. Por lo demás, dado que se trata de una plaza vacante, debe la Administración, a la brevedad posible, sacarla a concurso, a fin de nombrar en ella a la oferente más calificada tal y como es su deber; pero en tanto ello no suceda, no puede separar del puesto al recurrente, no prorrogándole su nombramiento, y designar a otra servidora interina por tener mejor calificación. En consecuencia, como lo actuado es arbitrario e ilegítimo, el recurso resulta procedente y así debe declararse". (Resolución N° 1682-96 de las 10:36 horas del 12 de abril de 1996 de la Sala Constitucional).

Finalmente, el Tribunal Constitucional ha llegado a analizar lo siguiente:

"...en nada varía el hecho de que una funcionaria interina se sustituye por otra interina, aspecto vedado por el criterio de esta Sala, agregando que en el presente caso no se atendió el interés de continuar con el nombramiento de la recurrente, porque "en su lugar se nombró a otra persona que el Servicio Civil envió como oferente la cual tiene mayor calificación..." . O, como también se informa en el sentido de que lo impugnado por la recurrente es cierto, pero que "se nombró a una funcionaria con mayor calificación, es decir con un grupo profesional superior al de la aquí recurrente, la oferente calificada por el Servicio Civil..." (f. 6). La mayor calificación, o el grupo profesional superior, serían criterios categóricos si la administración cumpliera con el mandato constitucional (artículos 191 y 192) de integrar la planta docente mediante concurso, pues con

este procedimiento hay garantía para quien legítimamente aspira al cargo de que objetivamente se le valore y para la administración de atraer a los mejores para el servicio. Se daría así trato de igualdad a los aspirantes, en cuanto a oportunidades, a través del camino de la publicidad, de la amplia competencia por la plaza y, consecuentemente de poder medir con precisión y amplitud su idoneidad (títulos, experiencia, publicaciones, idiomas, etc.). Sin embargo, la amplia praxis de esta Sala ha demostrado que el Ministerio de Educación, con la complacencia del Servicio Civil, se ha eximido de tales procedimientos y se ha limitado —en la mayoría de los casos— a nombrar interinos. Debemos tener como cierto que la recurrente es interina desde 1986, pues se trata de un hecho no rechazado por la autoridad recurrida, la que se limita a señalar, sin mayor esfuerzo, "no me consta". Es absolutamente increíble que hasta el primer semestre de 1996, es decir 10 años después de su ingreso, aparezca ofreciendo sus servicios, en lista de elegibles del Servicio Civil, una persona calificada como VT6 y a la que precisamente se le ubicó en la plaza que por diez años había desempeñado aquélla. El caso evidencia un manejo inadecuado, por el cual la propia administración ha tejido una cadena de nombramientos, antitécnica y hasta contraria a los intereses públicos si se quiere, pero que no puede llegar a despejar sino a través y con utilización de los mecanismos apropiados. Y no puede la Sala resolver de otra manera, ya que mantiene la tesis de que el interino ha adquirido un derecho a la estabilidad, que solamente cede ante el funcionario que ostente la plaza en propiedad, sea que la recobre (al cesar sus vacaciones, el permiso, la incapacidad, etc.), o para la cual haya sido nombrado a través de un concurso legalmente celebrado. Toda otra argumentación carece de fuerza contra la estabilidad del interino. No está de más indicar que un correcto manejo de personal y el mejor cumplimiento de los objetivos y filosofía en que se basa el régimen de servicio civil, particularmente cuando se trata de personal profesional como al que hacemos referencia en esta sentencia, debe partir de un cambio en la actitud tradicionalmente mantenida por la administración pública. Por lo expuesto, procede declarar con lugar el recurso." (Resolución N°2124-96 de las 15:09 horas del 8 de mayo de 1996).

Esperamos que el presente amplio repaso por esta materia, permita un mejor conocimiento del estado actual de la misma, a efecto de que se pueda contar en el quehacer diario con una mayor seguridad jurídica y un respeto tanto del marco legal vigente como de los derechos fundamentales de los educadores.

Finalmente, confiamos en que también de esta manera los propios educadores eviten abusar de la vía de amparo con el único propósito de conseguir "prorrogar artificialmente sus nombramientos mientras se resuelve el amparo" en supuestos que, como aquí se ha estudiado, son totalmente improcedentes, perjudicando no solo el mejor derecho de sus colegas, sino la normal marcha del curso lectivo y el derecho a la educación de los niños y jóvenes en las aulas.

* * *

EL "RENACIMIENTO" DEL PROCESO PENAL. NOTAS EN TORNO A SU PRIVATIZACIÓN

Lic. Érick Gatgens Gómez
Abogado Litigante
Profesor de la Universidad de Costa Rica

"Durante la euforia de la resocialización, en los años sesenta y comienzos de los setenta, la atención estaba fijada, exclusivamente, en el autor, mientras que ahora se dirige la mirada al ofendido de un modo no menos comprometido. Se anuncia el redescubrimiento de la víctima del delito. Este se ha convertido en el nuevo tema de moda." [1]

"Como principal sujeto perjudicado por el delito, la víctima materializa el ámbito más importante de relaciones del Derecho Civil con el Derecho Penal." [2]

SECCIÓN I: LA ENTRADA EN ESCENA DE LA VÍCTIMA Y DE LA PRIVATIZACIÓN. ANTECEDENTES

El imputado ha sido —tradicionalmente— la preocupación principal y la razón de ser del Derecho Penal y Procesal Penal; tanto es así, que sobre el primero se ha afirmado tradicionalmente que constituye la "carta magna" del delincuente, ocupando la víctima un papel meramente secundario, intrascendente o, en el mejor de los casos, accesorio.

Se afirma lo anterior en razón de que la víctima ha tenido en nuestro proceso penal un rol muy limitado, pudiendo figurar únicamente como denunciante, como testigo y, eventualmente, como actor civil; con algunas excepciones contempladas en el C.P.P. de 1973 como lo eran los delitos de acción privada y los delitos de acción pública dependientes de instancia privada, en los cuales quedaba a su entera voluntad, con algunas excepciones, la puesta en marcha del proceso penal. Pese a lo anterior, es importante mencionar aquí que, la víctima siempre ha sido la principal fuente de información o de conocimiento de los delitos[3], es decir, la víctima se constituye en un mecanismo fundamental de información para que el sistema penal se imponga de la existencia de delitos, quedándole a la víctima de esa forma un amplio poder de disposición en cuanto a poner o no en conocimiento del sistema la existencia de un determinado hecho delictivo. Así vemos pues que, en lo atinente a la iniciación del proceso penal el ofendido siempre ha tenido, y probablemente tendrá, amplias facultades, jugando entonces en ese momento un rol decisivo.

Hechas estas observaciones, lo cierto del caso es que debemos admitir y tener como un hecho cierto, que el imputado siempre figuró en el proceso penal como el sujeto esencial del mismo (y en hora buena que así lo haya sido y esperamos que así lo sea en el futuro, ya que es el sujeto contra quien se dirige la maquinaria estatal atribuyéndole una imputación penal, bajo amenaza de una pena privativa de libertad, que en los inicios del proceso se desconoce su duración y naturaleza); quedando la víctima con un papel secundario o marginal[4], por lo menos una vez iniciado el proceso penal.

---

[1] Hirsch, La reparación..., p. 55.

[2] Bueno Arús, La atención..., p. 117.

[3] Así por ejemplo, en estudios hechos en Alemania, en lo que atañe a la criminalidad clásica "más del 90% de los hechos delictivos llegan al conocimiento de la policía solo mediante las víctimas que los denuncian". Dünkel, La víctima..., p. 69.

[4] V. en ese sentido: Eser, Acerca..., p. 16, quien dice que el ofendido es, en el fondo, solamente una figura marginal. "En contraste con el procedimiento civil, donde el ofendido juega un papel decisivo como "demandante", en el procedimiento penal él ha sido en gran parte desplazado por el Ministerio Público. Por ello, actúa, por regla general, solo como testigo del hecho o sus consecuencias". Ibídem. La razón de ser de esta segregación del ofendido, radica según este autor, en la distinción entre pena y resarcimiento. Ibid., p. 17.

Sin embargo, en los últimos años, producto de una serie de corrientes y de factores que de seguido mencionamos, la víctima ha ido "recuperando terreno perdido", adquiriendo cada vez mayor participación y presencia en el procedimiento penal, de lo cual es muestra el Código Procesal Penal vigente (en adelante C.P.P.), que contempla un giro total en cuanto al papel de dicho sujeto en el proceso penal, dándosele amplias facultades de intervención en el mismo, así como amplias facultades para la conclusión del caso penal (en cuanto a esto último, al permitirse la posibilidad de la composición privada entre víctima e imputado respecto del hecho delictivo). **Con lo anterior, es evidente e inobjetable que, el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal se han privatizado; afirmación cuyos alcances iremos definiendo en este ensayo.**

A manera de síntesis, podemos esbozar las siguientes corrientes y factores que han contribuido a que la víctima haya adquirido en los últimos tiempos, un papel tan preponderante en el proceso penal:

A- La **crisis global del sistema penal**, lo cual se ha vislumbrado en la crisis del principio de oficialidad[5], la crisis del principio de legalidad, la crisis de la pena estatal como instrumento único del Derecho Penal[6] y dentro de esto, el fracaso de la imposición de sanciones tradicionales[7]; la invocación del Derecho Penal como *ultima ratio*[8], lo que ha aconsejado a sustituir las penas tradicionales por una intervención menos agresiva como lo es la reparación a la víctima;

B- La **crisis del paradigma de la resocialización**[9]. El fracaso de la política resocializadora y la frustración del tratamiento social-terapéutico[10], constituyen también factores que han contribuido con el auge de la víctima, ya que se mira hacia la víctima para buscar otras respuestas al delito, después del fracaso de los conceptos fundados unilateralmente en el tratamiento[11].

C- La importancia del **auge de la prevención general positiva con respecto a la víctima**, lo que ha llevado a la fundamentación de la búsqueda de alternativas a la pena o medida de seguridad, a través de vías como la reparación[12].

D- La **saturación de cárceles**, ha sido otro factor que en nuestro criterio ha provocado el auge de la víctima, la búsqueda de soluciones alternativas y, con ello, la privatización del Derecho Penal y Procesal Penal, como estrategia del Estado.

E- La **victimología**[13] **y a su lado la victimodogmática**[14]. En cuanto a la primera, por haberse encargado de analizar el rol tradicionalmente limitado que ha tenido el ofendido dentro del proceso penal[15].

F- El **abolicionismo**[16]. Con su énfasis en que la víctima recupere el conflicto y la sugerencia, desde hace

---

5 Cf. Binder, Justicia Penal..., p. 69.

6 Cf. Binder, Justicia Penal..., p. 69.

7 "La imposición de sanciones tradicionales parece incrementar la pasividad e indiferencia del delincuente respecto de la víctima. Favorece los intentos equivocados de denegación, de neutralización..., e impide la aceptación de la responsabilidad. Por otro lado, se espera que los delincuentes comprendan su responsabilidad social mediante la restitución o incluso, en un procedimiento de mediación, gracias a la discusión activa cara a cara con la víctima acerca del hecho delictivo y sus repercusiones." Trenczek, ¿Hacia..., pp. 23-24.

8 Muñoz Conde y otra, Derecho Penal..., p. 628.

9 Así: Hirsch, Acerca de la posición..., p. 97; Roxin, La reparación..., p. 139; Dünkel, Frieder, La víctima..., p. 67; Giménez, La conciliación..., p. 92; Highton, Resolución..., p. 19.

10 Así: Maier, La víctima..., pp. 189-190; del mismo autor: El ingreso..., p. 46.

11 Cf. Hirsch, Acerca de la posición..., p. 56.

12 Llobet, Proceso..., p. 285.

13 Dünkel, Frieder, La víctima..., p. 67; García Pablos de Molina, El Derecho Penal..., p. 239 y ss.; Larrauri y otro, Victimología: presente...; Larrauri, La reparación..., p. 172; Highton, Resolución..., p. 47, Queralt, Víctimas..., p. 146; Maier considera que la victimología es uno de los factores positivos que ha hecho entrar en escena a la víctima: Maier, La víctima..., p. 188; Maier, Dogmática penal..., p. 341 y ss. Sobre la victimología consultar: Landrove, Victimología; Larrauri, Victimología; especialmente esta autora destaca que en victimología, existen dos corrientes: la victimología convencional y la nueva victimología, la cual se diferencia de la primera fundamentalmente por su preocupación por las necesidades y derechos de la víctima, siendo las tres siguientes áreas de conocimiento de las que hoy se encarga la victimología: Las encuestas de victimización; La posición de la víctima en el proceso penal (los derechos de las víctimas); La atención asistencial y económica a la víctima. Cf. Larrauri, Victimología, pp. 284-286.

14 "Últimamente se ha hecho hincapié en el olvido de las víctimas por el Derecho Penal; ello se ha traducido en una atención a las víctimas por parte de diversos penalistas, que ha llevado a hablar de una "victimodogmática". Esta victimodogmática ha pretendido poner de relieve todos los aspectos del Derecho Penal en los que se toma en consideración a la víctima...En concreto se indica que el Código Penal sí toma "en consideración" a la víctima, para lo cual se realiza un listado de la fase previa, fase de ejecución y fase posterior a la realización del delito, en las cuales la víctima tiene una cierta incidencia." Larrauri, Victimología, p. 292.

15 Así: Eser, Acerca..., p. 17.

16 Bovino, La víctima..., pp. 272 y ss.; Martínez, La abolición; Highton, Resolución..., p. 31; Larrauri, La reparación, p. 172, quien indica que esta influencia también es reconocida por Roxin (1987:41); asimismo: **Maier, La reparación..., p. 189, para quien los abolicionistas evidentemente no pretenden el ingreso de la reparación al Derecho Penal, sino más bien, de abolirlo completamente, sustituyendo la pena por otras soluciones, entre ellas la reparación.**

mucho tiempo, de utilizar una serie de medidas tales como la reparación y la conciliación[17].

Sobre esta multiplicidad de factores que han contribuido a darle una mayor importancia a la víctima en el proceso penal, se afirma que tal multiplicidad explica en parte la naturaleza en ocasiones contradictoria de, por ejemplo, la regulación de la reparación, ya que, por un lado, la victimología tiene como uno de sus objetivos la reparación de la víctima, entre otros, mediante la creación de fondos estatales; la perspectiva resocializadora, considera que es necesaria la reparación por parte del ofensor, siendo que su esfuerzo demostrará su voluntad de reinserción; por otro lado se encuentra la tendencia que ve, por ejemplo, a la reparación, como una alternativa a la pena de cárcel dentro del proceso; por último, tenemos la tendencia que observa a la reparación como la resolución de un proceso de mediación preconizado por las distintas corrientes abolicionistas[18].

SECCIÓN II: LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL. La víctima "à la mode"

A- Antecedentes

Se empieza esta sección con el epígrafe: la víctima "à la mode", ya que la víctima constituye un tema de moda de la política criminal.

Sin embargo, la anterior afirmación no nos debe llevar a la confusión de creer que la víctima se encuentra por vez primera en un plano sobresaliente de la reflexión penal, ya que estuvo allí en sus comienzos, cuando imperaba la ***composición***[19], como forma común de solución de los conflictos sociales y en el sistema acusatorio privado, como forma principal de la persecución penal. La víctima, según estudia Maier, fue desalojada de ese sitio de lujo, por la inquisición, que expropió todas sus facultades, al crear la persecución penal pública, desplazando por completo la eficacia de su voluntad en el proceso penal y al transformar todo el sistema penal en un instrumento del control del Estado sobre sus súbditos; ya no importando aquí el daño real producido, "...en el sentido de la restitución del mundo al *statu quo ante*, o, cuando menos, la compensación del daño sufrido; aparecía la *pena estatal* como mecanismo de control de los súbditos por el poder político central, como instrumento de coacción...en manos del Estado, que lo utilizaba *de oficio*, sin necesidad de una queja externa a él; el conflicto se había "estatalizado"..."[20]

Así, "**por mucho tiempo la víctima pasó a ser el convidado de piedra del sistema penal**"[21]. "La reparación como tal desapareció de ese sistema y quedó solo como objeto de la disputa entre intereses privados, el Derecho Penal no incluyó a la víctima ni a la restitución al *statuo quo ante* —o a la reparación del daño— entre sus fines y tareas, y el Derecho Procesal Penal solo le reservó al ofendido, en la materia, un papel secundario y penoso, el de informar para conocimiento de la verdad. Se habla, por ello, de una "expropiación" de los derechos del ofendido, que el mismo Estado de Derecho se encargó de legitimar, junto a la forma política del Estado-Nación, ni siquiera la idea de protección de bienes jurídicos, que rige de alguna manera en el Derecho Penal, sobre todo, la de bienes jurídicos individuales y, aún más, disponibles, con un portador físico, por así decirlo, consiguió reservar demasiados ámbitos de poder para la víctima. El conflicto se reducía a la relación Estado-súbdito; en la traducción procesal, persecución estatal-imputado."[22]

Se ha considerado que fue el **positivismo criminológico** el que rescató el tema de la víctima, pero de una manera impropia, cuando, por intermedio de Ferri, incluyó a la víctima y a la reparación entre las funciones y tareas del Derecho Penal; más allá aún, la

---

17 Por ejemplo, en relación con la conciliación, se afirma que, al establecerse la posibilidad de una composición autor-víctima, detrás de ello hay fines abolicionistas tales que se quiere suprimir la persecución penal. Hirsch, La reparación..., p. 87.

18 Larrauri, La reparación, p. 174.

19 "En los orígenes del Derecho Penal germánico este se equiparaba al Derecho Privado. La *compositio* ocupaba el lugar de la pena, constituyendo un derecho subjetivo atribuido al particular. El castigo del culpable comienza siendo un derecho del ofendido o de su grupo, ejercitable en sus inicios sin limitación alguna. El fenómeno punitivo surge, así, como fenómeno privado (venganza privada) puramente fáctico." Armenta Deu, Pena y proceso..., p. 208. Al ir apareciendo los delitos públicos, es que el Derecho Penal se va separando del Civil. Ibid., p. 209. Landrove, Victimología, p. 23, informa sobre la existencia en determinados momentos históricos y, sobre todo, en los ordenamientos de raíz germánica, de la coexistencia con la venganza de un sistema de composiciones —en dinero o bienes— que negociaban el ofendido y el agresor, o sus respectivas familias. V. asimismo: Highton, Resolución..., p. 42 y ss.; Calferata, La víctima..., p. 289; Roxin, Fin y justificación, p. 16: "...en el transcurso del desarrollo de las culturas, la pena estatal reemplazó a la venganza privada y a las luchas entre familias y tribus..."; Maier, Derecho Procesal Penal..., p. 24; Llobet, Conciliación..., p. 188.

20 Maier, La víctima..., pp. 185-186.

21 Ibidem.

22 Maier, La víctima..., pp. 186-187. En igual sentido: Maier, El ingreso..., p. 27 y ss.

pena integral comprendía la reparación de los daños y esta era, como aquella, perseguida oficialmente, sin consideración al interés de la víctima[23].

De lo expuesto es dable destacar un aspecto que estimamos importante y es que, con el advenimiento del Estado, imperó la consideración de que la imposición de la pena involucraba un aspecto de interés público, diferenciándose ello de la reparación, la cual servía a intereses netamente privados.

Refiriéndonos a nuestro entorno, es dable afirmar que para el actual C.P.P., la víctima del delito evidentemente dejó de ser una mera fuente de información, medio probatorio (testigo), o eventualmente actor civil, para ser ahora un sujeto procesal, por su sola condición de tal, con una gran gama de posibilidades y de derechos a su favor.

B- Concepto de víctima. Viejos y nuevos institutos del C.P.P. que abren la vía de la privatización del Derecho Penal y Procesal Penal. El acuerdo víctima-imputado

Consideramos que antes de entrar a analizar los institutos consagrados en el C.P.P. que implican por lo menos la privatización parcial del Derecho Penal y Procesal Penal, es necesario exponer, aunque sea en forma sucinta, un concepto de víctima a tenor de nuestro Código Procesal Penal, ya que detrás de la indefinición del concepto de "víctima" hay un peligro evidente, que impide precisar el alcance y los destinatarios de los institutos analizados supra[24].

Así, el Código Procesal Penal señala en el artículo 70 que será considerado víctima:

a) Al directamente ofendido por el delito.

Antes de explicar quién es el directamente ofendido por el delito, resulta imprescindible mencionar lo siguiente:

En teoría del Derecho Penal general, se suele hacer la siguiente distinción en cuanto a los sujetos "afectados" por un delito[25]. En primer lugar, tenemos al **sujeto pasivo del delito**, el cual es el titular del bien jurídico tutelado en cada caso concreto y que puede resultar o no perjudicado con la conducta del sujeto activo del delito o autor del delito.

Sujeto pasivo del delito puede ser una persona física, como sucede en el homicidio, o jurídica, por ejemplo, en el delito de hurto, que también puede afectar a una persona física o al mismo Estado.

Cabe advertir que el sujeto pasivo no debe confundirse con **el damnificado o perjudicado**, o sea, la persona que recibe un daño o un menoscabo directo como consecuencia de la conducta desplegada por el autor del delito, aunque muchas veces las dos calidades (de sujeto pasivo y de damnificado) coinciden, en otras puede recaer en personas distintas. Prueba de lo segundo, la tenemos en el delito de homicidio, donde el sujeto pasivo es el occiso, mientras que los damnificados son los familiares inmediatos que dependían de él; en el delito de hurto, puede resultar también perjudicada la persona poseedora de la cosa por encargo del dueño, verdadero sujeto pasivo.

Por último, tenemos que tampoco el sujeto pasivo del delito puede equipararse siempre con el **sujeto sobre el cual recae la acción**, como lo muestra el caso de los delitos contra el patrimonio económico, por ejemplo: la conducta de apoderarse en el delito de hurto (art. 208 del Código Penal) debe recaer sobre una cosa mueble, total o parcialmente "ajena", por lo que el objeto puede ser sustraído no solo al dueño, sino también al poseedor, o al usufructuario, cuando el bien se les arrebata, en estos dos casos, tales personas serían los sujetos sobre los cuales recaería la acción, siendo en realidad sujeto pasivo el titular del bien jurídico "patrimonio económico": es decir, el dueño. Obsérvese que la distinción entre el damnificado y el sujeto sobre el cual recae la acción sería la existencia de un daño o menoscabo sufrido por el primero a consecuencia del hecho delictivo. Dentro

---

23 Maier, La víctima..., p. 187.

24 "...el abandonar el ámbito técnico-jurídico al hablar de víctimas y dilatarlo para incluir en tal concepto a cualquiera que se sienta perjudicado, incluso sin gozar no ya de un interés directo, sino de un interés legítimo, puede llevar a *consecuencias desorbitadas*." Queralt, Víctimas..., p. 158. "Así las cosas, *el término víctima ha de ser perfilado seriamente* por quienes proponen la mediación o la reparación como alternativas a la entrada en juego del Derecho Penal..." Ibid., pp. 158-159. Existe otro peligro latente en esto relacionado con los posibles problemas que se pueden presentar con la cosa juzgada de no darse una clara definición de víctima, por ejemplo, en los comienzos de un proceso penal por un delito patrimonial en el cual se produce la reperación del daño con una "aparente" víctima, posteriormente se extingue la acción penal, para luego determinarse que ese sujeto no era la víctima, sino que era otra persona que no pudo comparecer anteriormente.

25 Seguimos en esta distinción a: Velásquez, Derecho Penal..., p. 340 y ss.

del sujeto sobre el cual recae la acción se considerarían comprendidas aquellas personas que por ejemplo poseen un bien el cual les es arrebatado, pero no sufren daño resarcible alguno por dicho hecho, o aquellos sujetos que han robado un bien, los cuales son víctimas posteriormente de otro robo.

Debe entenderse, por lo tanto, que cuando este inciso a) dice que será considerado víctima el directamente ofendido por el delito está haciendo referencia al sujeto pasivo del delito. Es decir, a pesar de su incorrección, para el C.P.P. los términos víctima, ofendido y sujeto pasivo del delito son sinónimos.

Por lo expuesto, víctima, al tenor de dicho inciso, no sería cualquier persona perjudicada con el delito, sino solo el titular del interés que constituye el objeto jurídico inmediato del delito[26]. No lo sería según lo visto, el mero detentor de un bien sustraído, el engañado en una estafa con perjuicio patrimonial para otro, el socio en un acto ejecutado contra la sociedad como tal.

Excepcionalmente este inciso a) comprendería también a aquellas personas a las cuales el delito los puede llegar a ofender directamente, por ejemplo: en los delitos de falsedades documentales, el bien jurídico protegido es la fe pública, cuyo titular es la comunidad, con lo que ella sería el sujeto pasivo típico, sin embargo, un particular puede revestir la calidad de ofendido si sufrió un daño directo por el delito[27].

Así tendríamos, en síntesis, que nuestro ordenamiento procesal penal entiende por el directamente ofendido por el delito DOS CARACTERES O SUJETOS: EL DEL SUJETO PASIVO DEL DELITO (QUE ES LA REGLA) Y EN FORMA EXCEPCIONAL AL QUE, SIN SER SUJETO PASIVO DEL DELITO, RESULTA DIRECTAMENTE PERJUDICADO POR EL MISMO, figura que podría eventualmente estar constituida por el sujeto al que anteriormente denominamos damnificado.

b) Al cónyuge, conviviente con más de dos años de vida en común, hijo o padre adoptivo, parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad y al heredero declarado judicialmente, *en los delitos cuyo resultado sea la muerte del ofendido.*

c) A los socios, asociados o miembros, *respecto de los delitos que afectan a una persona jurídica, cometidos por quienes la dirigen, administran o controlan.*

d) A las asociaciones, fundaciones y otros entes, *en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses.*

Una vez analizado el concepto de víctima, pasemos de seguido a ver los institutos procesales consagrados en nuestro C.P.P. a favor de la víctima, los cuales permiten afirmar que el Derecho Penal y Procesal Penal costarricense se han privatizado parcialmente[28].

La participación de la víctima como sujeto procesal a lo interno del proceso penal, en cualesquiera de los papeles siguientes —con las excepciones que se indican—, constituye una expresión del principio de la autonomía de la voluntad.

1- Los delitos de acción privada

En cuanto a los delitos de acción privada, nuestro C.P.P. consagra en el artículo 19, un catálogo de tales delitos, manteniéndose los mismos delitos consagrados en el C.P.P. de 1973. Asimismo, en relación con los delitos de acción privada, es necesario tener presentes los artículos 16 y 30, inciso b) ibídem, que consagran la extinción de la acción penal por el desistimiento de la querella en estos delitos.

Como es de todos sabido, la víctima de un delito de acción privada, debe constituirse en querellante (arts. 72 a 74 del C.P.P.) mediante la interposición de una querella ante el órgano jurisdiccional competente[29], para así dar inicio al procedimiento específico para delitos de acción privada, consagrado en los artículos 380 a 387 ibídem.

---

26 "En Derecho Penal, la víctima es el titular del bien jurídico penalmente protegido que ha sido dañado o puesto en peligro, es decir, el sujeto pasivo..." Queralt, Víctimas..., p. 157. En igual sentido: Castillo, El consentimiento..., p. 103, cita 199.

27 Ejemplo tomado de: Salas, La querella..., p. 65.

28 Así, Eser, Acerca... p. 51, afirma que: "...parece casi inevitable que una mayor consideración de la víctima desembocaría en una tendencia hacia una 'privatización del Derecho Penal'".

29 Tribunal de Juicio: art. 380 del C.P.P.

Característica de estos delitos es que la iniciación y posterior tramitación del proceso queda en manos de la víctima (o lo que es lo mismo, la promoción y el ejercicio de la acción penal están en manos de la víctima o de su representante legal), concediéndosele a la misma poderes absolutos sobre la persecución penal, lo que excluye consecuentemente por completo la persecución penal oficial. En virtud de lo anterior, rigen sobre dichos delitos —en toda su amplitud— los principios dispositivos de la acción penal por parte de la víctima; así: v. gr. se puede producir la conciliación entre víctima e imputado (art. 36 del C.P.P.), se puede dar el desistimiento expreso o tácito del querellante respecto de la querella por él formulada (art. 30, inciso b) en relación con el artículo 383, ambos del C.P.P.).

Sobre estos delitos, se había afirmado tradicionalmente que constituían la excepción más profunda —y a la vez más pequeña en extensión— de la regla de la oficialidad, existiendo en estos casos una absoluta primacía del interés privado sobre el interés público. El Derecho Penal se decía, se acercaba aquí, del modo más cercano posible, al Derecho Privado, afirmándose asimismo, que esta vía: "...es..la (sic) más recomendable para cumplir propósitos de "privatización" en el Derecho Penal"[30].

2- La conversión de la acción pública en privada

Se trata de un instituto consagrado en el artículo 20 del C.P.P., el cual en un giro novedoso por parte de nuestro ordenamiento jurídico, permite a la víctima solicitar la conversión de la acción pública en privada, siempre que el Ministerio Público (titular tradicional por excelencia de la acción pública penal) lo autorice y no **EXISTA UN INTERÉS PÚBLICO** gravemente comprometido, cuando se investigue un delito que requiera instancia privada (con lo cual se abren las puertas para que los delitos de acción pública a instancia privada —que de seguido veremos— se "conviertan" en delitos de acción privada, permitiéndose la privatización de dicha categoría de delitos), o un delito contra la propiedad realizado sin grave violencia sobre las personas. De existir varios ofendidos, es requisito indispensable el asentimiento de todos ellos en la conversión.

De producirse la conversión de la acción pública en privada, debe seguirse el procedimiento establecido para los delitos de acción privada, rigiendo al respecto todos los criterios dispositivos correspondientes a esta acción, vistos infra.

Este instituto permite o faculta la privatización de una parcela importante de delitos. Evidentemente, con este mecanismo se abre una puerta a la privatización de los delitos de acción pública a instancia privada y los delitos contra la propiedad realizados sin grave violencia sobre las personas, facultándose así que se abandone el procedimiento oficial y la persecución penal pública por un procedimiento para delitos de acción privada.

Consideramos asimismo que, la conversión de la acción pública en acción privada, no solo se daría en los supuestos antes mencionados, sino que también en todos aquellos supuestos en los que el Ministerio Público (en adelante M.P.) prescinda de la persecución penal pública (por ejemplo, por la aplicación de un criterio de oportunidad (art. 22 del C.P.P.), ya que en estos supuestos el Estado renunciaría a perseguir delitos cuya persecución le incumbía, sin embargo, ante la ausencia de un INTERÉS PÚBLICO en la PERSECUCIÓN, se le concedería la oportunidad a la víctima para que se constituya en querellante (exclusivo), o la víctima que ya se hubiere constituido en querellante, continúe con la persecución penal (existiendo un evidente y exclusivo interés privado en la misma), dándose así la conversión o transformación de la persecución penal pública en privada, siguiéndose a sus efectos el procedimiento destinado para este tipo de delitos[31]; asimismo, tratándose del incumplimiento del plazo para concluir la investigación preparatoria por parte del M.P., art. 171, el imputado puede pedirle al tribunal que le fije al M.P. un plazo para su conclusión, si el M.P. no lo hace, el tribunal pone el hecho en conocimiento del Fiscal General, para que formule la respectiva requisitoria en un plazo de diez días; si ese plazo transcurre sin que se presente la misma, el tribunal decreta la extinción de la acción penal, salvo que el procedimiento pueda continuar por haberse formulado querella; asimismo, en todos aquellos casos en los que las requisitorias del M.P. no tengan un contenido acusatorio o incriminatorio, v. gr. la solicitud de sobreseimiento, la desestimación, solicitud de la

[30] Maier, La víctima..., p. 226.

[31] Nuestro Código contempla una excepción a lo indicado, en el inciso b) del artículo 22, en cuyo caso no se le informa a la víctima de su derecho de constituirse en querellante por la lógica implícita en la aplicación de dicho criterio, en razón de que el Estado tiene un interés especial en la falta de persecución penal por razones obvias.

suspensión del proceso a prueba, etc.; en todas estas hipótesis se establece la posibilidad de que la víctima se constituya en querellante (exclusivo). En tales supuestos también se produciría, por fuerza de principio, la conversión de la acción pública en privada, siguiéndose necesariamente, para tales efectos, el procedimiento establecido en el C.P.P. para los delitos de acción privada.

3- Los delitos de acción pública dependientes de instancia privada. La retractación de la instancia privada

El C.P.P. consagra, en el artículo 18, el catálogo de delitos de acción pública dependientes de instancia privada, el cual se amplió en relación con el Código de Procedimientos Penales de 1973. Con estas presunciones, es necesaria la denuncia por parte de la víctima, o si es menor de quince años, en orden excluyente, sus representantes legales, tutor o guardador (art. 17 del C.P.P.).

Asimismo, como una innovación, nuestro C.P.P. consagró la posibilidad de que dicha instancia sea revocada, en cualquier momento hasta antes de que se acuerde la apertura a juicio. (V. al respecto: art. 17, párrafo cuarto y 30, inciso h), ambos del C.P.P.).

Como es bien conocido, los delitos de acción pública perseguibles a instancia privada, son delitos que a pesar de que algunos de ellos son graves, se refieren comúnmente al ámbito íntimo de la persona, fuertemente relacionado con su poder de decisión (consentimiento), cuya lesión continúa y se agrava con la persecución penal posterior[32].

Tradicionalmente en estos delitos, el poder se le otorgaba a la víctima para que decidiera únicamente con referencia al inicio del proceso penal. Sin embargo, actualmente al permitir el C.P.P. que el ofendido revoque la instancia, se le otorgan poderes absolutos en torno a la conclusión de la persecución penal.

En cuanto a la retractación de la instancia privada, la misma se ha considerado que es recomendable: "...pues el peligro de mayor afectación al bien jurídico concreto, mediante la tramitación del procedimiento, se puede presentar o advertir posteriormente o, de otro modo, la autorización para proceder puede tener por base un error de apreciación o un error sobre la misma facultad de instar. De ese modo se concedería mayor poder que el actual a la voluntad privada."[33]

Evidentemente, este mecanismo también llegará a ser utilizado como una medida alternativa al juicio penal, debiendo tenerse presente que por esta vía, sin embargo, se podría dar todo tipo de arreglos, componendas, presiones y coacciones contra la víctima, que la pueden hacer retractarse de la instancia[34].

4- La conciliación

Instituto consagrado en el artículo 36 del C.P.P., el cual permite la extinción de la acción penal (art. 30, inciso K), ibídem), condicionado al avenimiento de voluntades entre el imputado y la víctima.

La conciliación, en nuestro medio, procede en los siguientes hechos punibles: en las faltas o contravenciones, en los delitos de acción privada, de acción pública a instancia privada y los que admitan la suspensión condicional de la pena.

La conciliación, al presuponer el juego de la autonomía de la voluntad entre víctima-imputado, implica la privatización del Derecho Penal, respecto de los hechos punibles en los que la misma es procedente.

A pesar de la anterior afirmación, algunos autores consideran, desde otra perspectiva, que soluciones de esta clase son modelos para evitar el Derecho Penal, pues tienen la finalidad de lograr una despenalización parcial[35]. Para Roxin, esta clase de regulaciones son solo posibles en ámbitos marginales limitados, pues ir más lejos, "...sería por principio criticable, pues existe el peligro de que si el Estado se retira del ámbito de las

32 Así: Maier, La víctima..., p. 227.

33 Maier, La víctima..., p. 228.

34 En ese sentido: Llobet, Proceso..., p. 145, quien afirma que este instituto, puede ser motivo de amenazas a la víctima para que retire la instancia, convirtiéndose no en algo favorable sino más bien desfavorable para la víctima.

35 Roxin, La reparación..., p. 142.

lesiones más importantes a los bienes jurídicos, no sea más el Derecho el que opere, sino el más poderoso, y de que presiones y contrapresiones pongan en peligro la paz jurídica, quizás en mayor grado que el hecho mismo"[36].

Sin embargo, nuestro C.P.P. no permite la conciliación solamente en "ámbitos marginales limitados", ya que virtualmente procede la misma en toda clase de delitos: de acción privada, de acción pública a instancia privada y en los que permitan la suspensión condicional de la pena o condena de ejecución condicional (es decir, cuando el máximo de la pena no exceda de tres años de prisión, arts. 59 a 63 del Código Penal)[37].

La conciliación lo que busca es que el imputado y la víctima compongan (¡si es que las voluntades de los intervinientes en un delito se pueden "componer"!) el conflicto voluntariamente, siendo claro que el requisito indispensable de dicho procedimiento es la participación ¡voluntaria! (si es que dentro del proceso penal esa participación del imputado se puede llamar ¡voluntaria!) de los intervinientes, pudiendo cualquiera de los dos, o los dos, negarse a colaborar o a tomar parte en la misma.

Un aspecto importante por considerar dentro de la conciliación, es si esta procede tratándose de la afectación de intereses colectivos o difusos. El art. 30, inciso j) del C.P.P. permite la reparación del daño en relación con delitos que afecten intereses difusos o colectivos, lo cual debe también relacionarse con el concepto de víctima, ya visto y contemplado en el artículo 70, inciso d) ibídem. De la relación entre ambos artículos es dable considerar que sí se podría dar la conciliación entre las asociaciones, fundaciones y otros entes, siempre que el objeto de las mismas se vincule directamente con esos intereses y el imputado.

Sobre el particular, Llobet se pregunta si será necesario solamente el acuerdo entre ellos dos o es necesario el acuerdo por parte del Estado, que también resulta afectado en esos delitos. Llobet concluye —lo cual me parece válido— que del artículo 38 del C.P.P. se desprende el objetivo del legislador de que en dichos casos se necesita el acuerdo del órgano requirente. Por último, se ha considerado también que es viable la conciliación solo entre el imputado y el Estado[38].

Para finalizar, uno de los problemas de la conciliación consiste en que el imputado queda a la voluntad absoluta de los deseos de conciliación de la víctima y hasta de la eventual extorsión ejercida por esa vía. Para Maier la objeción se puede remediar con una regulación que no dependa de la voluntad de la víctima, sino de la del imputado, la posibilidad de prescindir de la persecución, de la condena, de la pena o de disminuir la gravedad de esta última[39]. Dentro de este orden de ideas, se considera que: "Si fracasa la conciliación, o el imputado no puede, por alguna razón práctica reparar el daño de alguna manera, su esfuerzo sincero por alcanzar esta solución podría ser certificado por quien preside el arbitraje, para ser hecho valer a la hora de decidir el caso, sobre todo, al decidir sobre la pena"[40]. **A pesar de lo sugerido por Maier, este aspecto no fue regulado en la conciliación consagrada en nuestro C.P.P.**

5- La reparación "integral" del daño[41]

Se trata de una causa de extinción de la acción penal, consagrada en el artículo 30, inciso j) del C.P.P., la cual también presupone el juego de la autonomía de la voluntad de la víctima y del imputado.

Se afirma que en este caso "...se trata de solucionar ciertos casos penales con mecanismos no penales, cuando ellos satisfacen las necesidades preventivas del Derecho Penal, con lo que, complementariamente, se produce un ahorro de energías y esfuerzos en el ámbito del procedimiento penal..."[42]

---

[36] Roxin, La reparación..., pp. 142-143.

[37] Recientemente la Sala Constitucional, en el voto 430-00 de las 16:09 horas de 12 de enero del año en curso, señaló la procedencia de la conciliación en hipótesis de delitos graves tentados.

[38] Llobet, Proceso..., p. 209.

[39] Maier, La víctima..., p. 234. **Sin embargo, esa regulación no se previó en nuestro C.P.P.**

[40] Maier, La víctima..., p. 234.

[41] Para Maier, La Víctima..., p. 197, en estos casos se produce la despenalización de ciertos comportamientos. Esta propuesta se desarrolla para evitar la aplicación del Derecho Penal. Sobre la reparación también ver: Maier, El Ingreso..., p. 36 y ss.; Issa, La reparación..., p. 191 y ss. **No comparto, sin embargo, el criterio expuesto por Maier, ya que con este instituto no es que se despenalicen ciertos comportamientos, sino todo lo contrario, los mismos siguen siendo punibles y perseguibles penalmente, lo único es que se da el ingreso de criterios civiletas para efectos de la terminación del proceso. Lo anterior se afirma ya que si por ejemplo el sujeto no repara el daño, el proceso sigue adelante y se le puede castigar por el hecho realizado, lo cual riñe con la idea de la despenalización, en la cual dejan de ser punibles ciertos comportamientoe indistintamente de la actitud que asuma el infractor.**

[42] Maier, La Víctima..., p. 231.

El artículo 30, inciso j) citado, indica que se produce la extinción de la acción penal por la reparación del **daño particular o social causado.** En ese sentido, daño particular sería el sufrido por el directamente ofendido por el delito (art. 37); y el daño social, consistiría en el daño producido en los hechos punibles que afectan intereses colectivos o difusos (art. 38 del C.P.P.)[43].

Esta causal de extinción de la acción penal, solamente procede en los delitos de contenido patrimonial sin grave violencia sobre las personas, o en los delitos culposos; siempre que la víctima o el M.P. lo admitan, según el caso. Utilizando una aplicación lo más sistemática posible del art. 30, inciso j), pareciera que en casos de daño particular, es a la víctima a la que le corresponde dar el asentimiento para admitir la reparación y en casos de daño social, le corresponde al M.P.[44]

Este instituto resulta aplicable a una persona solo una vez. Transcurridos 10 años desde la comisión del hecho, puede volver a hacer uso de la misma[45].

En cuanto al concepto de reparación del daño, es importante mencionar que por este se entiende no solo la restitución del estado de cosas anterior al delito, sino que también la indemnización subsidiaria de los daños materiales y morales, así como los perjuicios causados por el delito. El concepto de "integral" hace referencia a "total", ello a diferencia de la reparación simbólica que se autoriza en la suspensión del proceso a prueba (art. 25, párrafo 2)[46].

En relación con la reparación "integral", tal y como luego lo veremos, es claro que la misma puede presentar roces con el principio constitucional de igualdad; roces que se pretenden superar en nuestro medio con el concepto amplio de reparación integral propuesto por Henry Issa[47].

Como antes se mencionó, le corresponde a la víctima, o en su caso al Ministerio Público, o al Estado, indicar si se considera satisfecho con la reparación "integral" del daño. Aquí es importante establecer que **la aceptación de la reparación implica para la víctima la renuncia al posterior reclamo civil, a diferencia de lo que ocurre con la suspensión del proceso a prueba, en el que se establece la posibilidad de que la víctima acuda a la vía civil. (Art. 25, párrafo 7 del C.P.P.).**

Valga la pena mencionar aquí que las distintas corrientes de pensamiento citadas al inicio de este trabajo, tienen una concepción distinta sobre la reparación, verbigracia el concepto de reparación del que parten el abolicionismo penal, así como la corriente que considera a la reparación como la tercera vía del Derecho Penal, es más amplio que la mera indemnización monetaria del daño, ya que abarca también supuestos de reparación simbólica[48], la cual en nuestro medio se encuentra contemplada tratándose de la suspensión del proceso a prueba y, eventualmente, de la conciliación[49].

Así vemos que nuestro Código, podría interpretarse, contiene una previsión restrictiva de lo que es reparación INTEGRAL del daño, lo cual no nos parece conveniente. Es por ello que en este ensayo proponemos que ese término "integral" sea interpretado en la forma más amplia posible, para evitar roces con la Constitución, ya que de considerarse que la reparación debe ser la restitución o reposición a la víctima por la pérdida o menoscabo del bien jurídico lesionado, chocaría con un evidente obstáculo: la capacidad económica del imputado. Dicho reparo se podría obviar admitiendo la sustitución de la prestación de contenido económico por otra de carácter personal, considerándose aquí desde el trabajo para la víctima hasta el pedirle disculpas, o lo que es lo mismo: una reparación de carácter simbólico.

---

43 Cf. Llobet, Proceso..., p. 196.

44 "Nótese al respecto que el M.P. debe valorar si admite la reparación integral ofrecida desde el punto de vista político criminal (fundamentalmente conforme a criterios de prevención general positiva y prevención especial). Llobet, Proceso..., p. 199.

45 Para Llobet esta limitante es inconstitucional, ya que basta el acuerdo entre imputado y víctima, sin que sea necesario hacer una valoración sobre la situación probatoria del asunto, resultando que inclusive ni siquiera el acuerdo implica un reconocimiento de la autoría por el imputado en cuanto a su responsabilidad. Llobet, Proceso..., p. 199. Sin embargo, debe reconocerse la necesidad de establecer un límite a la utilización de institutos como el presente, ya que de lo contrario podría degenerar en un abuso de los mismos por parte de los imputados, afectándose así evidentemente los fines de prevención general y especial del Derecho Penal.

46 Llobet, Proceso..., p. 193.

47 Issa, La reparación del daño..., pp. 203-204.

48 Llobet, Proceso..., p. 88.

49 Cf. en similar sentido: Llobet, proceso..., p. 88.

Sin embargo, deben tenerse ciertas precauciones sobre lo dicho, ya que a criterio de algunos autores, como Queralt, de no articularizarse un sistema lo menos moralizante posible, lo que es difícil, se caería en un Derecho Penal de cuño privatista y claramente prerrevolucionario. Estas prestaciones personales podrían recordar el *nexum* romano y, al mismo tiempo, la terapia seudo psiquiátrica. En efecto, estas alternativas tienen, con independencia de una más que cuestionable sujeción personal entre imputados y acusadores, una clara vertiente *paternalista*. Se pasa por alto el carácter netamente social del delito y se le contempla desde una perspectiva exclusivamente desde la víctima, evento totalmente inmerecido, cuya causación merece una explicación. De ahí la insistencia en el encuentro entre víctima e imputado como panacea[50].

Tomando en cuenta esas precauciones, consideramos que el término reparación integral del daño debería interpretarse en la forma más amplia posible, abarcando lo siguiente: "...el término reparación se utiliza para abarcar aquellas medidas que realiza el infractor de contenido simbólico (presentación de disculpas), económico (restitutorio, compensatorio o indemnizatorio), o material (prestación de un servicio[51]) a favor de la víctima (individual o colectiva)"[52].

En ese sentido, "...**Importante es el acuerdo compensatorio y la inteligencia de ambos, víctima y victimario, de que así satisfacen en su justa medida el interés dañado**"[53].

Se presenta, sin embargo, un interrogante tratándose de la reparación del daño social causado por ciertos delitos, que afectan bienes jurídicos difusos o colectivos, los cuales se ha considerado, se podrían reparar por medio de una acción que procure la restitución al estado deseado[54], de una suma de dinero con el mismo destino o de otra acción que mejore otros establecimientos de bien común, como el trabajo en interés de la comunidad[55].

Desde una perspectiva crítica, tal y como lo veremos más adelante, es importante mencionar que contra este instituto se han realizado objeciones de diversa índole, siendo uno de sus más acérrimos opositores, Hirsch, quien sobre el particular afirma que: "Si se reduce la función del Derecho Penal a la solución del conflicto surgido entre el autor y la víctima, se niega los intereses de la sociedad expresados en la pretensión penal estatal, es decir, de conservación del ordenamiento jurídico y protección de las próximas víctimas"[56].

---

[50] Opinión de: Queralt, Victimas..., p. 167.

[51] Por ejemplo, el jardinero que, para compensar el daño sufrido por la víctima en su integridad física, cuida de su jardín durante un tiempo. Ej. extraído de Maier, La víctima..., p. 212, cita 46.

[52] Larrauri, La reparación..., p. 172.

[53] Maier, La víctima..., p. 213.

[54] Por ejemplo, en los delitos contra el ambiente, la reparación del ambiente dañado y la construcción de establecimientos especiales para la purificación. Así: Maier, La víctima..., p. 213.

[55] Maier, La víctima..., p. 213.

[56] Hirsch, La reparación..., p. 58. La cita de este autor nos obliga a introducirnos en un tema muy importante, que nos parece sirve de trasfondo al tema objeto de estas líneas, consistente en la valoración de al menos dos corrientes de pensamiento distintas en la doctrina. Cada una de estas dos corrientes de pensamiento, serán las que determinen el que un autor considere o no objetable cada uno de los institutos en discusión. Así, una corriente de pensamiento —dentro de la que se incluyan autores como Hirsch— considera que ante la comisión de todo delito se produce la afectación de intereses públicos (amén de la eventual afectación de los intereses particulares de la víctima), siendo que los primeros no pueden ser dispuestos por la eventual víctima del delito, ya que "pertenecen" a la sociedad o a la comunidad en su conjunto. En el hecho punible, se considera, no se trata únicamente de un conflicto entre imputado y víctima. Por esa razón se hace "necesaria" la reacción del Estado para efectos de proteger el ordenamiento jurídico, no pudiendo la víctima disponer de dicha reacción, aun y cuando sea el titular del bien jurídico protegido por la norma, ya que todo hecho punible es un hecho que presenta algo más que el daño concreto ocasionado a la víctima, lo que justifica la decisión de castigar, es decir, la terminación "privada" del proceso deja un "plus" de injusto sin resolver, precisamente aquel que determinó su ingreso al Derecho Penal y de la persecución pública, aquel plus que intentó responder no solo al interés privado. De lo expuesto es evidente que esta corriente de pensamiento parte de que la casi totalidad de bienes jurídicos son "indisponibles" independientemente de quién sea su titular (con excepción de los casos en que se produce el consentimiento del derecho-habiente, regulados como causa de justificación). El único ámbito en el cual considera esta corriente no se afectan intereses públicos es en el ámbito de la delincuencia de bagatela, donde el procedimiento conciliatorio sí podría jugar un papel importante. Asimismo, esta corriente de pensamiento analiza la importancia de visualizar así el delito y la reacción penal estatal por razones de prevención general. Críticamente se considera que la razón del Estado para reaccionar de esta forma, fue justificada, originariamente, como una herramienta para evitar los efectos disociativos de la venganza privada, con lo cual se produjo una abstracción del concepto de bien jurídico, y con ello, la virtual desaparición de la víctima detrás de él. Véase sobre lo anterior: Hirsch, La reparación..., p. 69, 88; Hirsch, Acerca de la posición..., p. 125; Maier, La víctima..., p. 197; Cafferata, Ministerio Público Fiscal..., pp. 61-62; Binder: Política criminal: de la formulación a la praxis, Buenos Aires, 1997.

Esta inclinación se diferencia de aquella que considera que no todo delito afecta intereses públicos —o en caso de afectarlos, no predominan sobre los privados—, es decir, habrán delitos que afectan intereses privados —abandonándose así el mito de que todo delito afecta siempre y necesariamente intereses públicos—, como delitos que amén de la afectación de los intereses del particular ofendido, afectarán evidentemente los intereses públicos de la colectividad. En el primer caso sí sería posible que la víctima dispusiera de la reacción penal estatal, es decir, tratándose de delitos que protejan bienes jurídicos referidos al ámbito de su persona; en el segundo no sería posible prescindir de la persecución penal, dada por ejemplo la naturaleza del delito: v. gr. la alta penalidad del mismo, si el imputado es reincidente, etc. Evidentemente, esta corriente de pensamiento hace una distinción entre bienes jurídicos "disponibles" e "indisponibles"; siendo indisponibles —en principio— aquellos que afecten intereses públicos. A esta última tendencia parece haberse adherido nuestro C.P.P., ya que en una larga lista de delitos hace énfasis en la distinción interés público-interés particular, siendo —como se dijo— en el segundo caso disponible la reacción penal estatal, así v. gr. arts. 20, 22, inciso a), etc.

Pareciera ser así que, en el trasfondo van a existir siempre dos intereses en juego, uno público (encaminado a la persecución penal) y otro privado (encaminado a la

Otra objeción importante que se le hace a la reparación es que no resuelve satisfactoriamente el problema de los delitos de peligro abstracto o de peligro concreto[57], el problema de los delitos sin víctima, como por ejemplo, los delitos que afectan a la generalidad y la tentativa punible[58]. En estos casos, por la naturaleza del delito, fracasa la posibilidad de una compensación imputado-víctima, y por ello, no se puede prescindir de la pena estatal —la falta de punibilidad no debe generar un vacío legal—, sobrevendría entonces una gran desigualdad en la reacción de los delitos[59].

5.1- Naturaleza jurídica de la reparación: la reparación como tercera vía

A pesar de que nuestro C.P.P. considera la reparación integral del daño como una causa de extinción de la acción penal, en doctrina se discute si la reparación debe ser configurada como una pena impuesta coactivamente por un juez o un tribunal penal, como presupuesto para el otorgamiento de beneficios en la etapa de ejecución penal[60], etc.; formulándose de este modo en cuanto a la reparación, dos modelos: según uno de ellos, la reparación debe ser una sanción penal independiente, aplicable junto con la pena convencional o sola, como consecuencia jurídica penal. El otro modelo reconoce el carácter civil de la reparación, pero le asigna un papel dependiente dentro del sistema de consecuencias jurídicas penales, en el campo de los presupuestos del hecho, e inclusive, también en el Derecho Procesal Penal.

Por último, en cuanto a la reparación, se ha considerado que es importante distinguir dos modelos: la reparación como pena impuesta por el juez (modelo anglosajón) y la reparación producto de procesos de mediación entre víctima e infractor (modelo noruego)[61]. Similar a este último es el "Proyecto Alternativo sobre la reparación" presentado en el Deutschen Juristen Tag de 1992, que sugería introducir la reparación como "tercera vía", con

---

composición o acuerdo víctima-imputado). En nuestro medio, como se ha visto, es dable evitar la realización de la pretensión penal estatal, unilateralmente, por la sola voluntad de la víctima. Se le da pues prioridad en el proceso penal en un sinnúmero de casos, a la pretensión composicional (indemnizatoria o reparatoria civil) sobre la pretensión penal pública, lo cual significa, asimismo, el resquebrajamiento, o al menos, debilitamiento de una serie de principios tradicionales del proceso penal tales como el de oficialidad, irretractabilidad, etc.

Dentro de esta segunda corriente de pensamiento es dable ubicar a Roxin, La reparación..., p. 140, quien afirma: "...sería racional, desde el punto de vista político-social, comenzar, en el intento de una solución del conflicto social emergente del hecho punible, por colocar a la víctima en situación de indemnidad y recién después ver si existe algo más que disponer". En ese mismo sentido, se afirma: "La legitimación jurídico-penal para punir decrece allí donde no existe en la realidad el llamado interés público, porque son suficientes los intereses privados en una composición de los daños". SESSAR, cit. por Roxin, La reparación, p. 152, cita 55.

Sobre el particular, Maier considera que los delitos graves ponen de relieve el ejercicio de una violencia física extrema o la amenaza de ella (homicidio, privaciones de libertad graves, violación, etc.), son delitos que sin pretender mencionarlos todos, conservan viva la idea retributiva del castigo aun integrando criterios preventivo-generales o especiales y por ende, también ese plus lesivo para la generalidad que impide considerar al esfuerzo reparatorio integral del autor como suficiente para restablecer el equilibrio jurídico que reclama un hecho punible. Así: Maier, La víctima..., p. 209.

En igual sentido y dentro de esta corriente, se ha afirmado que: "Por lo general, el delito no es cometido contra el Estado, sino que antes que nada el delito es una violación de la integridad física y emocional de una persona. Esto es cierto tanto en caso de delito personal (robo, agresión...) como en caso de ataques a la propiedad como hurto o robo con fractura...Debemos a Nils Christie (1977) el redespertar de la interpretación del delito como una causa, expresión y consecuencia de conflictos, de dificultades y problemas de y entre víctima y delincuente". Trenczek, ¿Hacia..., p. 24.

"...en la actualidad existe una muy interesante corriente de pensamiento...que postula que el Derecho Penal debe tutelar aquellos intereses generales ("los bienes jurídicos") pero que también debe tutelar los intereses concretos de la víctima, y en condiciones de igualdad, ya que el delito no es solo una lesión a un bien abstractamente protegido como tal por la ley penal ("la propiedad") sino que es *también* una lesión al derecho concreto del ofendido "su propiedad", sea que haya sido perjudicado en su condición de persona individual (v. gr. delito contra la integridad corporal, libertad, etc.), sea que lo haya sido en su condición de ciudadano integrante de la sociedad (v. gr. delito contra la salud pública, administración pública, etcétera)." Calferata, Ministerio Público Fiscal..., pp. 61-62.

Por último, estas dos corrientes de pensamiento han sido etiquetadas de distinta forma, a la primera se le ha denominado "**Justicia punitiva**", ya que define la ilicitud penal como infracción a una norma, como quebrantamiento de la voluntad del soberano, siendo por lo tanto, la persecución penal pública y no dependiendo de la existencia de un daño concreto alegado por un individuo. Así, los intereses de la víctima del hecho punible se dejan de lado en aras de los intereses estatales de control social sobre los súbditos. Por otro lado, la segunda se ha denominado **justicia reparatoria**, la cual construye la ilicitud penal como la producción de un daño, como la afectación de bienes e intereses de una persona determinada. Véase sobre el particular: Larrauri, La reparación..., 186.

En la teoría del delito, fue en el ámbito del consentimiento del derechohabiente, sea que a este se le viera como una causa de atipicidad o de justificación de la conducta, donde primero se entró a analizar la distinción entre bienes jurídicos disponibles e indisponibles. En ese ámbito se afirmó que solamente es relevante el consentimiento cuando el bien jurídico amenazado es enteramente susceptible de disposición privada, siendo imposible frente a ataques contra bienes de la colectividad. Así tendríamos bienes jurídicos disponibles o renunciables: la libertad, el honor, la integridad corporal, la intimidad y el patrimonio; y bienes jurídicos irrenunciables, tales como la vida humana. Como es ampliamente conocido, el consentimiento en estos casos debe ser previo o concomitante a la realización del hecho punible para que tenga efectos excluyentes de la antijuridicidad. Cf. Maurach, Derecho Penal..., pp. 290-296.

Pese a lo anterior, lo cierto del caso es que encontramos algunos puntos de relación entre la teoría del consentimiento del derechohabiente y algunos de los institutos en estudio, siendo dable opinar que la primera ha prestado algunas bases a dichos institutos, v. gr. el estudio de los bienes jurídicos disponibles e indisponibles, el concepto de acuerdo o consentimiento, ya que por ejemplo Pierangeli, El consentimiento..., p. 61, afirma que la palabra consentimiento proviene del latín *consentire* y, en su acepción originaria, expresa la concordancia entre las partes o la uniformidad de opinión, siendo que la regla en sus inicios, era aplicada exclusivamente en los delitos de naturaleza privada. En sentido contrario: Castillo, El consentimiento..., p. 100, quien considera que el consentimiento del derechohabiente, la causa de justificación y algunas causas de extinción de la acción penal introducidas en el C.P.P., **no se relacionan**.

No obstante, debemos reconocer la existencia de notables diferencias entre el consentimiento —como causa de justificación— y estos institutos: el consentimiento del derechohabiente debe prestarse antes de que se produzca el hecho; es decir, el consentimiento otorgado posteriormente al hecho, no posee eficacia justificante y deja intacta la ilicitud del hecho, siendo así que un consentimiento *post factum* es irrelevante; el consentimiento lo presta el titular del bien jurídico tutelado; en los institutos de marras, es necesario el acuerdo entre dicho titular y el imputado, etc.; cf. Pierangeli, El consentimiento..., p. 146 y ss.; Castillo, El consentimiento..., p. 100 y ss. Sobre la distinción entre bienes jurídicos disponibles e indisponibles, v. Pierangeli, El consentimiento..., p. 109 y ss.

lo cual se propone que la reparación pueda sustituir la pena privativa de libertad en los delitos con pena de hasta un año, suspender la pena, atenuar la misma, si concurren los requisitos y se ha realizado la reparación, se sobresee el caso, no llegándose a un juicio oral.

En ese orden de ideas, para un sector de la doctrina, la reparación no sería una pena, pero sí constituiría una sanción penal independiente[62], es decir, se plantea como alternativa, ubicar la reparación como tercera vía, a la par de las penas y medidas de seguridad, haciéndolas innecesarias conforme al principio de subsidiariedad penal o de *ultima ratio*, por cuanto a través de la misma pueden cumplirse funciones de prevención general positiva y prevención especial.

Uno de sus defensores fundamentales es Roxin, para quien la reparación no es ninguna pena, ni posee fin penal autónomo alguno, sino que se encuentra al servicio de la prevención general y especial. Se le debe colocar o incluir en el catálogo de las consecuencias jurídicas penales en forma de sanción independiente, como una sanción autónoma, como tercera respuesta posible al delito.

Afirma este autor que la reparación está en posición de cumplir los fines de la pena, en especial el de prevención-integración (prevención general positiva)[63].

Una posibilidad para Roxin es incorporar la reparación como una sanción penal, colocada —para delitos determinados— autónomamente al lado de la pena privativa de libertad y de la multa y con la posibilidad de ser impuesta, en casos apropiados, en su lugar[64]. Es decir, se concebiría la reparación como una sanción autónoma.

Una reparación penal sería conformada de otra manera que el resarcimiento del daño del Derecho Civil, pudiendo eventualmente colocarse aquí algo menos y quizás algo más que la obligación del derecho civil e introducirse también modificaciones con el trabajo de utilidad para la comunidad[65].

Otra posibilidad, argumenta Roxin, sería la introducción de la restitución en el Derecho Penal, el reconocimiento de la reparación como un nuevo fin de la pena[66]. No obstante, considera que la reparación no es, ni podría llegar a ser, un fin de la pena. El fin de la pena solo consiste en evitar preventivamente el delito. Empero, si se integra la reparación en el sistema de sanciones, se darían dos posibilidades: o bien la consecuente reparación no tiene efecto alguno preventivo o hasta estimula la perpetración del delito, o bien la reparación es un instrumento de utilidad preventiva para el Derecho Penal, entonces ella es un factor que tiene efecto preventivo especial o general, o en ambas direcciones[67].

Para Roxin, la **prevención general positiva** sería el punto de enlace. De la misma deriva la **prevención integrativa**, que estaría orientada al "efecto de satisfacción que aparece cuando el delincuente se ha esforzado tanto, que la conciencia jurídica general se tranquiliza en relación con el quebrantamiento de la ley y considera como solucionado el conflicto con el autor"[68].

En la prevención general positiva se incluyen tres consecuencias: el efecto motivador pedagógico-social del aprendizaje, que debe provocar la ejercitación en la fidelidad al Derecho; el efecto de confianza, que se logra cuando el ciudadano ve que el Derecho se realiza; y, finalmente, el efecto de satisfacción, que aparece

---

57 En los cuales no se ha producido un daño cierto y determinado, por lo que en estos casos la acción civil resarcitoria no podría prosperar. Cf. Rivero, ¿Penalización..., p. 124.

58 En esta última, ya que el aspecto central de la determinación de su ilicitud lo constituye el disvalor de la acción, siendo que el resultado no llega a realizarse plenamente. Ello hace evidente la dificultad de conciliar tales fenómenos con institutos como la reparación integral del daño, en los cuales se toma en cuenta el daño producido, es decir, el disvalor del resultado.

59 Hirsch, La reparación..., p. 59. Esta desigualdad, afirma este autor: "...sería tanto más grave porque conforma una contradicción valorativa importante, si en los casos de delitos sin víctima se continuara castigando como hasta ahora, mientras que, en los delitos que tienen una víctima se pudiera considerar a la pena como prescindible", p. 59. **Esta objeción se vería parcialmente atenuada en nuestro medio con la participación del M.P. en la aceptación de la reparación del daño social causado, o en la conciliación entre imputado y Procuraduría o asociaciones intermedias (que protejan intereses colectivos o difusos).**

60 Cf. Navarro, Conciliación..., p. 120.

61 Véase Larrauri, La reparación, p. 181.

62 En cuanto a la reparación como una sanción penal independiente o autónoma, v. Dünkel, La víctima..., p. 81; Larrauri, La reparación.

63 Larrauri, La reparación, pp. 174-175.

64 Roxin, La reparación..., p. 143.

65 Ib., pp. 143-144.

66 Ib., p. 145.

67 Ib., p. 146.

68 Hirsch, La reparación, pp. 62-63; v. asimismo: Hirsch, Acerca de la posición, pp. 108-109.

cuando el delincuente ha hecho tanto que la conciencia jurídica general se apacigua con respecto a la infracción al Derecho y da por finalizado el conflicto con el autor[69].

Para Roxin, lo adecuado es limitar el concepto de prevención integrativa al efecto de satisfacción de la sanción descrito[70], residiendo aquí la base de sustanciación para el significado preventivo general de la reparación[71].

Incluso, desde el punto de vista preventivo especial se puede pregonar efectos positivos de la reparación: por intermedio de la obligación de reparar, el autor es provocado a entenderse con los daños causados y con la persona del ofendido de una manera muy diversa a la que correspondería si la víctima permanece, en más o en menos, abstracta y anónima. Eso puede poner en acto una consternación interna que tenga efectos promotores de la resocialización. Más allá, la reparación es una prestación social constructiva cuya imposición puede ser vivida por el mismo autor —de otra manera que, por ejemplo, la pena privativa de libertad—, espontáneamente, como plena de sentido y justa; ella puede, entonces, conducir al reconocimiento del derecho. Luego, la reparación puede acarrear una reconciliación entre el autor y la víctima, sobre todo cuando ella se lleva a cabo voluntariamente.

En conclusión, a criterio de Roxin, la reparación es, una prestación autónoma (sanción autónoma, en la cual se mezclan elementos jurídico civiles y penales, perteneciendo la reparación al Derecho Civil, en tanto asume la función de compensar el daño) **que puede servir para alcanzar los fines tradicionales de la pena y que, en la medida en que lo consiga en concreto, debería sustituir a la pena o ser computada para atenuarla[72].**

Para Roxin, sin embargo, lo anterior no significa reprivatizar el Derecho Penal. Por el contrario, afirma que se da en parte una aproximación del Derecho Penal y el Civil, pero no acepta que se torne borrosa la frontera por el hecho de que mecanismos jurídico-civiles sean utilizados por el Derecho Penal. Pese a lo anterior, dicho autor sí admite, que la fosa entre ambas ramas del Derecho se traspasa en la medida en que el Derecho Penal se sirve también, entre otros, de efectos preventivos jurídico-civiles, así como a la inversa, el Derecho Civil, según el nuevo desarrollo, torna fructíferos, sin hesitación, efectos penales. Esto no representa una inversión de la marcha del desarrollo histórico, sino un ensamblamiento de ambas ramas del Derecho, que se corresponde con su función común de solucionar conflictos sociales de manera cuidadosa y pacificadora[73].

Quedaría, sin embargo, un ámbito muy amplio de aplicación para la pena de prisión y la de multa, pues en todos los casos de delitos más graves, no es posible reconstruir nuevamente la paz jurídica únicamente por intermedio de la reparación, de manera que ella solo podría provocar efectos atenuantes de la pena; también subsistiría en el caso de autores reincidentes, la necesidad de provocar efectos preventivo-especiales adicionales[74].

Hirsch —desde otra perspectiva— niega el carácter de pena a la reparación pues "Pena y resarcimiento civil son cosas diferentes y no manipulables a través de un cambio de etiquetas"[75].

Para Hirsch, la imposibilidad de sostener un modelo que parta de una sanción penal independiente no quiere decir que la REPARACIÓN carezca absolutamente de relevancia penal. Qué importancia puede reclamar ella dentro del Derecho Penal en un papel dependiente y con su carácter civil inalterado. En un modelo semejante, la reparación se incorpora al Derecho Penal, de tal modo que el autor documenta a través de ella su motivación de conversión (arrepentimiento) o su esfuerzo así orientado,

---

69 Roxin, La reparación..., p. 149.

70 **La Prevención Integrativa equivaldría a la recomposición de la paz jurídica alterada** por el delito. Cf. Roxin, La reparación, pp. 148-149.

71 Ibidem. Roxin manifiesta que hoy es dable verificar el efecto de prevención integrativa de la reparación, también empíricamente. Sessar informa acerca de encuestas japonesas y estadounidenses, de las cuales se puede extraer la conclusión de que la población, en los casos de delitos de menos importancia, se inclina por completo a aceptar la reparación como única sanción. Roxin, La reparación, p.151.

72 Roxin, La reparación, p. 154. Para Hirsch, dicha posición no es válida, ya que la reparación pertenece al Derecho Civil y la pena, al Derecho Penal. Los fines de la pena se refieren a las consecuencias jurídicas de naturaleza específicamente penal, por lo que, según su criterio, Roxin parte de un punto de vista incorrecto, el de la prevención integrativa del Derecho Penal. Cf. Hirsch, Acerca de la posición..., pp. 106-107. "Los fines de la pena o los fines del Derecho Penal se refieren, entonces, a las consecuencias jurídicas de naturaleza *específica* jurídico-penal; se trata de instrumentos que operan sobre el autor. Constituye, en cambio, algo diferente, extraño a estos fines, el hecho de que la víctima obtenga el resarcimiento. De allí que no es por casualidad que Kaufmann no se refiera, tan siquiera una sola vez, a la cuestión de una tal "tercera vía". Hirsch, Acerca de la posición..., p. 110.

73 Roxin, La reparación, pp. 154-155.

74 Ib., p. 156.

75 Larrauri, La reparación, p. 175.

y gana, de esta forma, un privilegio en relación con la pena que en sí hubiera merecido[76]. La suspensión de la pena a prueba en relación con la reparación, v. gr. el esfuerzo, constituye un ejemplo de ello.

Por eso, Hirsch propugna un modelo que parta de una función dependiente de la reparación. Por ejemplo, si el autor ha efectivizado la reparación antes de la condena, debe ser tomado en cuenta para la determinación de la pena, o para efectos de la suspensión de la pena a prueba, no tocando la reparación la existencia de una pretensión punitiva[77].

Desde otra perspectiva, para Larrauri, existe una diferencia clara de contenido entre la pena y la reparación: por un lado, la reparación del daño material y eventualmente moral causado por el autor, tiene que ver con el derecho del resarcimiento del daño, constitutivo de la parte civil del hecho; por otro lado, la pena consiste en el añadido de un mal ulterior[78], pero a diferencia de Roxin, dicha autora entiende que la reparación no puede cumplir los fines de la pena, el fin de pacificación es global de todo el ordenamiento jurídico y el Derecho Penal se caracteriza por coadyuvar al mismo con un instrumento propio: la pena.

Los fines de la pena o fines del Derecho Penal se refieren, por tanto, a consecuencias jurídicas de naturaleza *específicamente* penal: se trata de un instrumento de actuación sobre el autor. "Que la víctima obtenga resarcimiento constituye por el contrario un "aliud" que está fuera de esos fines"[79]. La pena tiene atribuidas funciones preventivas, de defensa de las futuras víctimas, de los intereses colectivos y del ordenamiento jurídico. Por ello, la reparación no es un instrumento pacificador propio del Derecho Penal, sino un "aliud" extraño a los propios fines de la pena. Lo anterior a pesar de que esta autora se manifiesta partidaria de que la reparación produzca efectos en la medición de la pena, en especial en la suspensión condicional de la pena y en la amonestación con reserva de pena[80].

Otras diferencias que se han señalado entre la pena y la reparación, son grosso modo, las siguientes:

a- El criterio de graduación de la reparación es la entidad del daño y no la reprochabilidad del comportamiento. Ello supone entonces que en ausencia de daño (por ejemplo, en los casos de tentativa o ausencia de víctima individualizable) no procede la reparación.

b- La reparación persigue compensar al particular y la pena prevenir la realización de futuros delitos. De ello se deriva que una pretende el resarcimiento de intereses privados, en tanto que la pena persigue la protección de intereses públicos.

c- La reparación no es personalísima. Es transmisible a los herederos y al asegurable.

d- La reparación está sujeta al principio de rogación o instancia de parte. Es, por tanto, renunciable por las partes y está sometida a requisitos procesales distintos[81].

e- Un aspecto importante a determinar es si la reparación del daño tiene carácter civil o carácter penal, inclinándose un sector de la doctrina por considerar que la misma tiene un carácter eminentemente civil[82].

6- La suspensión del proceso a prueba[83]

Antes que nada, debemos advertir que la suspensión del proceso a prueba, consagrada en los artículos 25 a 29 del C.P.P., no es un instituto que permita afirmar que con el mismo se abren las puertas a la privatización del Derecho Penal y Procesal Penal, a pesar de que el mismo incluye la posibilidad de utilizar institutos como la reparación del daño o la conciliación, como más adelante veremos, que sí tienen un marcado carácter ius privatista.

---

76 Hirsch, La reparación, pp. 68-69

77 Hirsch, Acerca de la posición..., p. 112.

78 Larrauri, La reparación, p. 175.

79 Larrauri, La reparación, p. 176.

80 Larrauri, La reparación, p. 176.

81 Véase Larrauri, La reparación, p. 177.

82 Cf. Hirsch, La reparación..., p. 60 y ss.

83 Sobre este instituto se puede consultar, a grandes rasgos —sin pretender agotar la lista—, entre otros a: Olazabal, Suspensión...; Cafferata, Temas..., p. 29 y ss.; García, La suspensión...; Houed, La suspensión; Vitale, Suspensión...

La suspensión del proceso a prueba se ha considerado como una anticipación del instituto de la condena de ejecución condicional, prevista en los artículos 59 a 63 del Código Penal.

Para una parte de la doctrina puede llegar a constituirse en el mecanismo más efectivo para solucionar el conflicto. Consiste, como es de todos sabido, en el otorgamiento por parte del tribunal de un plazo al imputado, durante el cual se suspende el proceso bajo el cumplimiento de ciertas condiciones por el imputado. Una de esas condiciones puede consistir en la reparación del daño, en la medida de lo posible, o simplemente, en la conciliación con la víctima, procurada por el imputado. Una vez vencido el plazo, el cual se puede prorrogar, si el imputado ha cumplido las condiciones satisfactoriamente, se dicta el sobreseimiento a su favor, decretándose la extinción de la acción penal, en caso contrario, o en caso de que el imputado cometa un nuevo delito, la persecución penal continúa[84].

Requisito para la procedencia de este instituto es que el imputado presente al Juez un plan de reparación del daño causado por el delito, el cual podrá consistir en la conciliación con la víctima, la reparación natural del daño causado o una reparación simbólica, inmediata o por cumplir a plazos.

La reparación prevista en la suspensión del proceso a prueba se diferencia de la reparación integral del daño, contemplada en el artículo 30, inciso j), en el hecho de que en esta última es necesario que la víctima acepte la reparación; no siendo viable dictar un sobreseimiento decretando la extinción de la acción penal sin el asentimiento de la víctima; en cambio, en la suspensión del proceso a prueba, únicamente se le da audiencia a la víctima ***de domicilio conocido***, por lo que si se desconoce el mismo, no se requiere darle audiencia; por otro lado, la normativa no establece como requisito sine qua non para que proceda la suspensión, la aceptación por parte de la víctima del plan propuesto por el imputado[85]; asimismo, la reparación prevista en la suspensión del proceso a prueba es mucho más amplia, permitiendo que la misma se produzca en la medida de las posibilidades del imputado, superándose así las críticas dirigidas contra la reparación integral en el sentido de que esta es contraria al principio de igualdad entre ricos y pobres[86].

Por último, en cuanto a este instituto en particular, se afirma que sí puede cumplir funciones de prevención especial[87].

7- Querellante en delitos de acción pública. La acción popular

Nuestro Código Procesal Penal consagra la posibilidad de que la víctima y su representante o guardador, en caso de minoridad o incapacidad, puedan provocar la persecución penal, adherirse a la ya iniciada por el Ministerio Público o continuar con su ejercicio. (Arts. 75-80 del C.P.P.).

Se contempla también, novedosamente en nuestro medio, una "acción popular" consistente en la posibilidad de que cualquier persona tenga el mismo derecho contemplado en el párrafo anterior, contra funcionarios públicos que, en el ejercicio de su función o con ocasión de ella, hayan violado derechos humanos, cuando se trate de delitos cometidos por funcionarios públicos que hayan abusado de su cargo, así como contra quienes cometan delitos que lesionen intereses difusos. (Art. 75, párrafo segundo del C.P.P.).

La víctima puede constituirse en querellante tanto tratándose de delitos de acción pública como de delitos de acción pública perseguibles a instancia privada.

De constituirse la víctima en querellante, se pueden dar las siguientes posibilidades:

---

84 Véase Maier, La víctima..., p. 231; El ingreso..., p. 51.

85 Cf. Llobet, Proceso..., p. 183. Otro aspecto importante que marca una diferencia entre ambos institutos, es que en la suspensión del proceso a prueba, contrario a lo que sucede en la reparación, la víctima puede acudir a la vía civil a plantear sus pretensiones.

86 Llobet, Proceso..., pp. 179-180.

87 García, La suspensión del procedimiento..., p. 19. Se considera que la *amenaza* de la imposición de la pena en caso de incumplimiento de las condiciones, tendrá el mismo efecto de la prevención espacial, privilegiando el fin resocializador de la pena. El posible dictado de la sentencia condenatoria serviría como un freno a la tentación de la reincidencia. La prevención especial no será efecto de la amenaza de la realización del juicio, sino que provendrá de la eventual imposición de la pena que podría derivarse de la sentencia que en ese juicio recaiga. V. así: Cafferata, Temas..., pp. 35, 38.

1- El querellante conjunto adhesivo[88]

En este caso la víctima actúa al lado del M.P., colaborando y controlando la persecución penal oficial. Así, el querellante se adhiere a la acusación del M.P., estando facultado para señalar, por ejemplo sus vicios, para que los mismos sean corregidos, objetar la acusación cuando no incluya a algún imputado o cuando omite alguna circunstancia, para que la misma sea ampliada.

Evidentemente, con esta posibilidad no se estaría dando la privatización del Derecho Penal y Procesal Penal, ya que la víctima actuaría al lado del M.P.

2- Querellante conjunto autónomo

En este caso, el querellante actúa con independencia de los requerimientos y solicitudes formuladas por el representante del M.P., ejerciendo de esta forma derechos autónomos.

Supone plena autonomía de actuación, no solo formal sino material, esto es, representación y procuración plena de la pretensión punitiva estatal, ejercida también por él, sin límite alguno.

En este supuesto, tampoco podríamos afirmar que se da la privatización del Derecho Penal ni del Procesal Penal.

3- Querellante exclusivo[89]

La víctima, constituida en querellante, se configura en forma exclusiva en aquellos supuestos en los que el M.P. decide dejar de ejercer la acción penal pública en el proceso penal o se le impide su prosecución (por ejemplo, por la solicitud de aplicación de un criterio de oportunidad (art. 22 del C.P.P.), con excepción de lo contemplado en el inciso b), párrafo segundo de dicho artículo; la solicitud de desestimación (art. 282 del C.P.P.); la solicitud del dictado de un sobreseimiento (art. 311), en relación con los artículos 300 y 312, párrafo segundo del C.P.P., etc.; asimismo, cuando se le impide continuar con el ejercicio de la acción penal por haber incumplido el plazo para la conclusión de la investigación penal preparatoria (art. 172, párrafo segundo, ibídem).

En estos casos, si el M.P. no decide intervenir, se debe seguir aplicando el procedimiento para los delitos de acción privada, tal y como se establece en el artículo 20 del C.P.P., en cuanto a la conversión de la acción pública en privada.

Esta figura no ha escapado de críticas ya que: "...permitir...plena autonomía a la acusación privada, significa, en ciertas circunstancias, convertir la persecución penal pública en privada, el procedimiento oficial en algo igual o semejante a un juicio por delito de acción privada, contraviniendo, por tanto, la decisión legislativa —presupuesta como tomada de antemano por el legislador— de que corresponde la persecución penal estatal. La representación privada de un interés estatal no es una figura adecuada y solo constituiría un juego de palabras: a ella le faltaría objetividad y legalidad que se requiere de la actividad desarrollada por órganos del Estado, en este caso, por el Ministerio Público...mientras se mantenga la persecución penal oficial, permite, en lo posible, evitar la desigualdad procesal que crea un doble acusador, más aún cuando uno de ellos no está vinculado al principio de objetividad, y mantener de precario equilibrio procesal logrado, a duras penas, entre la persecución penal pública y la defensa del imputado (sic),..."[90]

---

[88] Sobre el funcionamiento de esta institución en Alemania, Cf. Eser, Acerca..., p. 24 y ss. Hirsch afirma que esta autorización o facultad es problemática, ya que por intermedio de esta se logran introducir momentos dentro del proceso penal, que contradicen concepciones penales modernas, en especial, motivos de venganza y disputas emocionales, también las posibles demoras que puede sufrir el procedimiento por el derecho de ofrecer prueba de la víctima, así como que el ofendido, representado por un abogado; ante tal panorama el imputado aunque tenga un defensor, vería enfrentarse a él un poder superior en cantidad de juristas, que se dirigen contra él. Este poder se ampliaría, en tanto intervinieran varios ofendidos. Hirsch, Acerca de la posición..., p. 118.

[89] A criterio de Hirsch, Acerca de la posición..., p. 101, "...tampoco podría ser considerado un modelo que erigiría de nuevo al ofendido en portador de la pretensión punitiva y que, consecuentemente, le transmitiría la facultad exclusiva de ejercer la acción. Puesto que ello significaría un regreso al pasado histórico lejano". Interesante es que Florián, Elementos..., p. 186, considera que el permitir el concurso de la parte lesionada en forma de acusación privada principal o subsidiaria (tratándose de delitos perseguibles de oficio si el fiscal no actúa o se aparta de la acción), se puede considerar como un residuo de la antigua concepción privatística del proceso penal.

[90] Maier, La víctima..., pp. 236-237. Es interesante un comentario que hace Maier al respecto y que creemos es aplicable a nuestro entorno en el sentido de que si la víctima se halla en condiciones de ejercer la persecución penal, se debería poder, por decisión judicial o interna del M.P., delegarle el ejercicio de la acción penal pública —tal y como ocurre en nuestro medio— bajo el control o la supervisión de un órgano determinado del M.P., incluso prestando las garantías necesarias de que continuará la persecución penal hasta su finalización. "Esta forma de colaboración sí significa una manera propia de confiarle a la víctima, con ciertas limitaciones, la representación de la pretensión punitiva estatal". Ib., p. 237. El control de la víctima lo es para evitar iniquidades o arbitrariedades en el ejercicio del poder de perseguir penalmente y para sujetar al acusador privado, en lo posible y recomendable, a la legalidad y a la objetividad que preside, en principio, la persecución penal oficial. La víctima quedaría así ligada accidentalmente a la organización del M.P. y por tanto...vinculada a las instrucciones jerárquicas, generales o particulares, que gobiernan su función". Si la víctima no desea cumplir una instrucción o el M.P. estima que ella cumple deficientemente la tarea de perseguir, debe permitir que cada uno retorne a su papel originario. Ib., p. 238.

A diferencia de los dos supuestos anteriores, en este caso sí se abren las puertas de la privatización del Derecho Penal y Procesal Penal, ya que se permite la posibilidad de que el querellante y el imputado se pongan de acuerdo en cuanto a la terminación del proceso penal y el querellante desista expresa o tácitamente de su instancia.

4- La acción civil resarcitoria

Por último, tenemos la posibilidad de que el damnificado (concepto más amplio que el de víctima, que lo incluye) se constituya en actor civil, lo cual se encuentra contemplado en los artículos 37 a 41 y 111 a 118 del C.P.P. De constituirse la víctima en actor civil, se incorpora la cuestión civil (de carácter netamente privado) al procedimiento penal, buscando el actor civil la reparación del daño y la indemnización de los eventuales perjuicios, causados por el delito, según las reglas del Derecho Civil. Sin embargo, en este caso, el actor civil por sí mismo æsin que reúna también el carácter de víctima o querellanteæ no tendría poderes de disposición en cuanto al objeto del proceso penal como tal. En razón de lo anterior, no es dable afirmar que con este instituto se produce la privatización del Derecho Penal y Procesal Penal.

SECCIÓN III: BENEFICIOS Y OBJECIONES DERIVADOS DE LA PRIVATIZACIÓN DEL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

A continuación, se procederá a realizar un análisis global de los beneficios y de las objeciones que se formulan ante la privatización parcial del Derecho Penal y Procesal Penal, pretendiendo de este modo englobar dentro de este análisis, las repercusiones que producen los institutos antes mencionados, no sin antes reconocer que el análisis siguiente no está exento de errores ni de críticas, ya que muchos de los beneficios y objeciones que de seguido se comentan, se refieren muchas veces a un instituto en particular, no siendo admisible extender los beneficios o las críticas del mismo al resto de los institutos.

A- BENEFICIOS

Se afirma que la introducción de estos institutos en el proceso penal, trae consigo una serie de beneficios, ubicándose dentro de ellos, los siguientes:

- El conflicto social base del hecho punible, nunca puede pretender hallársele una solución integral, si el interés de la víctima no es tomado en cuenta. En ese sentido, solo con la participación de los protagonistas —imputado y ofendido como hipotéticos protagonistas principales— es posible —racionalmente— buscarle una solución al conflicto, óptimamente, esto es, de la mejor manera posible. Una mayor participación de la víctima en el proceso penal concede a la misma, un papel central en la solución pacífica de los conflictos.

- La intervención del supuesto ofendido en el procedimiento permite corregir el defecto de la burocratización de los órganos de persecución penal (órganos estatales), sacar el caso de la rutina y volverlo a las necesidades que presenta su individualidad[91]. Es decir, el ofendido realiza desde esta perspectiva funciones de *contrapeso y control externo* del Ministerio Público, de la policía y del aparato judicial en su conjunto. Se afirma dentro de esto que solo la víctima que se muestra activa y participa en el proceso penal puede conseguir la efectiva protección de sus bienes jurídicos[92].

- Podrían lograr disuadir al ofensor de cometer más delitos (al escuchar y comprender los costos de sus acciones), además de que se podría apartar al mismo de los efectos dañinos de la prisión[93].

- En ese mismo sentido, se afirma que la reparación a la víctima ejerce un beneficioso efecto preventivo especial sobre el autor del delito, que de esta forma entiende mejor el alcance de su comportamiento[94].

- Las ventajas de estos institutos radican en que suponen una finalización anticipada del proceso penal o su evitación, reduciéndose de esta forma sensiblemente el número de causas criminales, descargando así a la Administración de Justicia Penal[95].

---

91 Maier, La víctima..., p. 221.

92 Muñoz Conde, El Derecho Penal..., p. 176.

93 Moreno Hernández, Política Criminal..., p. 365.

94 Muñoz Conde y otra, Derecho Penal..., pp. 628-629.

95 Queralt, Victimas..., p. 149.

- La víctima encuentra una solución al problema que le ha causado el delito sin necesidad de esperar el fin de un procedimiento regular, con la consiguiente demora de tiempo, gastos judiciales relativamente elevados en no pocas ocasiones y sin necesidad de revivir en las diversas declaraciones previas al juicio oral y en este mismo acto el daño que el delito le ha causado. (Evitación de lo que se ha dado en llamar la "victimización secundaria")[96].

- La incorporación de estos institutos al proceso penal permite: a) mantener que el comportamiento es grave; b) activar el proceso penal en casos en que el proceso civil sea imposible[97]; c) someter a la persona a un proceso penal y a una declaración de culpabilidad, lo que cumple además con la función individual de percibir el carácter punitivo de la respuesta[98].

- En términos psicológicos, estas medidas —se afirma— tienen una fuerte carga psicológica, ya que buscan, en lo esencial, hallar una explicación al hecho punible sufrido y desde esa racionalización, cuando es facilitada por el sujeto activo, desangustiar a la víctima[99].

B- OBJECIONES

1- La privatización del sistema penal. ¿Afectará el delito a toda la sociedad?

Volviendo al tema en que incursionamos infra, en cuanto a la interrogante de si el delito afecta a toda la sociedad, se discute en doctrina el carácter ontológico de las diferencias existentes entre el Derecho Penal y el Civil, cuestionándose por parte de la doctrina, los criterios de distinción (intereses públicos vs. privados), la magnitud del injusto (igual o aumentado), los fines (compensar o prevenir), la vigencia del principio de culpabilidad (daño vs. culpa), la legitimación procesal (perjudicados o colectivos) y la naturaleza cambiante por la que se clasifican determinados actos ilícitos o delitos.

De nuevo volvemos aquí a la discusión de si en todo delito existe un interés público, o dependerá ello de factores como el bien jurídico afectado, la forma de comisión, relación entre autor y víctima, etc. Asimismo, en el supuesto de que existiera un interés público, la doctrina se pregunta si el mismo siempre será preeminente respecto del interés de la propia víctima. La discusión de la primera pregunta permite retar la asunción de que en todo delito, a diferencia de otros ilícitos, se ve afectado el interés público. La segunda cuestión plantea cómo adaptar el sistema penal al hecho, mostrado por diversas investigaciones victimológicas que en determinados delitos la víctima prefiere la reparación a la imposición de una pena privativa de libertad, que precisamente dificulta la reparación[100].

- Surge así la objeción de una *PRIVATIZACIÓN DEL DERECHO PENAL y PROCESAL PENAL*[101], con lo que se afirma se produce una burla del sistema penal. "...no deja de ser chocante volver a planteamientos superados: la vuelta al Derecho Penal Privado y la, si procede, humillación del presunto sujeto activo del delito. En estos supuestos la correlación de fuerzas no será ajena a una, por llamarle de alguna manera, solución...si esta mediación se admitiera, especialmente para las infracciones más irrelevantes penalmente, es decir, que se admitiera un control desformalizado, ello supondría que su tipificación en los textos penales está de más...De esta suerte, al tratarse solo de intereses particulares, la jurisdicción civil, que sí permite la transacción judicial y extrajudicial, es el lugar idóneo para hallar arreglo —sic— estos

---

[96] Así: Queralt, Víctimas..., p. 149.

[97] Valga la pena aquí resaltar un comentario de Llobet, Proceso..., p. 232 y ss., en el cual menciona el problema de la **lentitud y duración del proceso civil costarricense**, lo que ha provocado que se prefiera la vía penal en lugar de la civil por parte de los sujetos que han sufrido un daño, además de que existe un interés por parte del legislador en la protección de las personas que sufren daños a través del Derecho Penal y no del Civil. "En síntesis la legislación procesal civil provoca por un lado la extensión del poder punitivo fomentando la creación de nuevas conductas delictivas y por otro lado impide la descriminalización de conductas que podrían recibir una respuesta diferente a la penal, haciendo que no tenga aplicación el principio del carácter fragmentario del Derecho Penal y el de este como *ultima ratio*... *La mejor reforma al Derecho Penal y Procesal Penal costarricense sería la reforma al Proceso Civil*". Ib., pp. 233-234.
"La composición entre las partes plantea serios problemas no solo en relación a cómo equilibrar la posición de ellas, sino, especialmente, con relación a cómo evitar la utilización del Derecho Penal para obtener resultados "civiles" mediante la coacción propia del proceso penal." Ziffer, Lineamientos..., p. 169.

[98] Larrauri, La reparación, p. 180.

[99] Así: Queralt, Víctimas..., p. 150.

[100] Larrauri, La reparación, p. 192.

[101] Con este tema se relacionan otros tópicos como lo son el de la policía privada, la mercantilización de la seguridad, las cárceles privadas, la gestión de las prisiones, la contratación de personal y de servicios especializados internos de la prisión (como el de cocina, educativos, o médicos), la comercialización del trabajo de los presos y, en general, la privatización de la ejecución penal, etc., los cuales en razón de la extensión de este ensayo, no serán aquí tratados. Cfr. sobre ello: Giménez, La conciliación..., p. 91; Matthews, Reflexiones..., p. 101 y ss.; Larrauri, Introducción al debate..., p. 225 y ss.

descuentos interpersonales. De nuevo, la llamada al *principio de intervención mínima*, con su efecto despenalizador, daría solución a un problema y evitaría la desconfiguración del sistema penal"[102].

- La distinción entre sanción y reparación civil, obedece a la necesidad de perfilar y cumplir, de manera más eficiente, dos funciones diversas: la represión y la reparación del daño. El riesgo está en que al no poder cumplir el Derecho Civil los nuevos cometidos que se le asignan, se llegue a la conclusión de que las restantes ramas del ordenamiento jurídico son ineficaces, por lo que se requiere un aumento de la represión en la sociedad[103]. La otra posibilidad es que le atribuyan al Derecho Penal, funciones civiles (v. gr. solución del conflicto original), con lo cual se civiliza el Derecho Penal. El fracaso del Derecho Penal en cuanto a este cometido conduciría también a un aumento de la represión.

- Los presupuestos para que se declare con lugar la acción civil son distintos e independientes de los que determinan la existencia de un delito, de tal forma que puede no existir condenatoria penal y subsistir la posibilidad de una condena civil; asimismo, la condena penal no conduce necesariamente a la civil. Así: lo que es lícito —permitido— para el Derecho Penal puede ser ilícito para el Civil (v. gr. en las causas de justificación). Se daría así una contradicción a lo interno del sistema penal[104].

- **Se afirma asimismo que, con la incorporación de estos institutos se produce una peligrosa confusión entre los contenidos de la responsabilidad penal y la civil ex delicto, que difieren en su contenido y alcance**[105].

- Desde esa perspectiva, se considera que el deber de reparación no es necesariamente un efecto jurídico del delito, por el contrario, el efecto jurídico del delito es siempre la sanción que puede ser una pena o una medida de seguridad. El deber de reparación más bien, es la consecuencia de la producción de un daño[106].

- La reparación a la víctima del delito se asienta en un punto de partida que como mínimo es dudoso: el de que el Derecho Penal debe destinarse a "resolver el problema" de la víctima, ya que el Derecho Penal está presidido por fines preventivos y de regulación social y no por una finalidad compensatoria de los males infligidos a las víctimas. La pena no se aplica para reparar el daño ocasionado a la víctima, sino para confirmar ante los ciudadanos la vigencia del Derecho Penal como protector de bienes jurídicos (PREVENCIÓN GENERAL) y, en definitiva, constatar la presencia del Estado en la ordenación de la convivencia, como únicas vías para lograr la realización de los fines preventivos[107].

- La responsabilidad penal es responsabilidad frente al Estado y no una forma de resolver conflictos entre sujetos privados (autor y víctima), cuestión distinta es que de la responsabilidad penal se deriven obligaciones civiles (la responsabilidad civil)[108].

- Existen casos en los cuales los daños y los perjuicios están fuera de proporción en relación con el contenido del injusto penal relevante del hecho. Así, una leve imprudencia puede producir grandes daños patrimoniales. Amenaza, así, una suerte de responsabilidad por el resultado, cuando se orienta la consideración penal de la reparación según la extensión total del daño en el Derecho Civil. "Por razones de justicia, debe ser suficiente una reparación parcial (un esfuerzo orientado a ese fin), que se encuentre en relación con la valoración penal del hecho"[109]. **Desde esta perspectiva, también**

---

102 Queralt, Victimas..., p. 153.
103 Rivero, Penalización del Derecho Civil..., p. 106.
104 Véase Rivero, ¿Penalización..., p. 113 y ss.
105 Muñoz Conde y otra, Derecho Penal..., p. 629.
106 Rivero, ¿Penalización..., p. 104. Este autor se cuestiona un aspecto que consideramos importante mencionar y es el relativo al problema de la naturaleza de la reparación en sede penal. ¿Debe esta regirse según criterios estrictamente civilistas?, o por el contrario regirse por exigencias del Derecho Penal? La última tesis se vería apoyada con conceptos tales como el de reparación simbólica, corriéndose el riesgo de crear una entidad de dudosa entidad epistemológica. La otra posibilidad, que el concepto de reparación lo suministre el Derecho Civil, impondría que la misma fuera vista como reparación "integral": pago de una suma de dinero o reparación en especie, atenta contra el principio constitucional de igualdad, estableciendo evidentes discriminaciones. Ib., pp. 104-105.
107 Muñoz Conde y otra, Derecho Penal..., p. 629. Obsérvese, sin embargo, que en esta objeción se parte de la reparación como una pena aplicable al imputado y no como una causal de extinción de la acción penal como sucede en nuestro medio. Al no ser en C.R. —por lo menos directamente— la reparación integral, ni la conciliación, penas en el sentido tradicional de la palabra, no procedería por lo menos —teóricamente— realizarles objeciones en cuanto a los fines de la pena: prevención general o especial.
108 Muñoz Conde y otra, Derecho Penal..., p. 629. Se afirma así que la reparación es un derecho de la víctima, pero que esta no debe perseguirse en el proceso penal y que no debe implicar una renuncia a la pena.
109 Hirsch, La reparación..., p. 83.

tenemos que se produce una confusión a lo interno del sistema, ya que el Derecho Penal toma en cuenta modernamente tanto el disvalor del acto como el disvalor del resultado[110], siendo que la reparación, se apoyaría fundamentalmente en el disvalor del resultado.

- El renacimiento de la víctima en el proceso penal puede fácilmente conducir a un renacimiento de la pena privada, "...y retrotraer con ello el desarrollo de la historia del Derecho Penal nuevamente a las penas de enmiendas del Derecho germano, y —guiado por la esperanza de que las soluciones privadas a los conflictos jurídicos podrían restablecer la paz jurídica mejor que las estatales— relativizar, de nuevo, claramente, el papel del Estado en el Derecho Penal"[111].

- Se cuestiona si una composición autor-víctima realmente trae algún beneficio a la misma, dado que el imputado en todo caso siempre está obligado civilmente a la restitución en razón del hecho[112]. "Para enfrentar al autor con la víctima y para lograr la motivación a reparar, que de allí se espera, no es necesario procedimiento especial alguno. La víctima también cae fácilmente en una situación difícil en un procedimiento previo de conciliación. En el marco de una composición autor-víctima solo puede hacer concesiones quien puede ofrecer algo. En el caso de los autores, generalmente es poco. Si se tiene presente a los delitos que entran en consideración, en especial a los casos de hurto, se demuestra que a menudo el autor carece de recursos. Prácticamente, las cosas terminan en que la *víctima*, en el procedimiento conciliatorio, sería presionada por el presidente de la audiencia a hacer concesiones en sus pretensiones indemnizatorias. Esto significa que al final obtendría menos de aquello que dispone el Derecho vigente. La presión psíquica sobre la víctima sería considerable, porque dependería de su disposición a las concesiones, que se realice un proceso penal. Mirando detalladamente, en el procedimiento conciliatorio previo se trata, sobre todo, de ventajas para el autor y muchísimas menos para la víctima"[113].

- Con la privatización del sistema penal, vemos pues, se objeta que la víctima puede llegar a tener un excesivo poder (el delincuente queda en sus manos; existen "víctimas profesionales") o bien una ausencia de poder (se le somete a presión; se concede prioridad a las necesidades del infractor)[114].

- Asimismo, se advierte la existencia de un problema en relación con el tratamiento penal igualitario para delitos con víctima individual (que admiten reparación) y de aquellos sin víctima. El grupo de trabajo del Proyecto Alternativo Alemán propone solucionar esto reconociendo prestaciones de reparación social (simbólicas) para los delitos carentes de víctimas[115]. En igual sentido, Roxin afirma que tratándose de delitos contra la generalidad, el trabajo de bien común puede ser aceptado como prestación reparatoria[116].

- Se cuestiona también que la introducción de estos institutos presenta el PELIGRO de privilegiar a los autores financieramente fuertes, por ejemplo, en el ámbito de los delitos económicos[117]. En esto es importante acotar lo siguiente: "...que no se limite la consideración exclusivamente a la reparación lograda, sino que también abarque el *esfuerzo* por cumplir (o, con igual significado, el obrar *en la medida de sus posibilidades*). He aquí una proposición que, al menos parcialmente, capta el peligro de una "justicia de clases"[118]. Esto es refutado por Roxin, ya

---

110 Cf. Maurach, Derecho Penal..., T. I, pp. 272, 274. Sin embargo, en la tentativa, el aspecto central de la determinación de la ilicitud se traslada a la acción, ya que el resultado no ha llegado a realizarse plenamente. Ib., p. 274.

111 Eser, Acerca..., p. 51.

112 Sin embargo, en la acción civil si se paga no se obtiene ninguna ventaja, con la reparación o la conciliación sí, entonces sí habría una diferencia de grado importantísima.

113 Hirsch, La reparación..., p. 89.

114 Larrauri, La reparación, p. 185.

115 Hirsch, La reparación del daño..., p. 74

116 Roxin, La reparación..., p. 154

117 Este aspecto es resaltado por Eser, Acerca..., p. 88, al comentar legislación comparada (Suiza y Austria), indicando que, una crítica que se le hace al Derecho Penal austriaco es que sus disposiciones favorecen a los autores de mejor situación económica tratándose de la reparación del daño, a diferencia de Suiza donde se busca de parte del imputado un "esfuerzo económico". Asimismo: Hirsch, La reparación del daño..., p. 81; Gafferata, La víctima..., p. 291, este último considera que el reconocimiento de la autonomía de la voluntad y la incidencia del consenso en la persecución penal presentan el peligro de que los económicamente más fuertes, puedan imponer la reparación del daño ocasionado o escapar fácilmente a la pena mediante el sencillo procedimiento de reparar el perjuicio. Con respecto a la reparación, se pregunta Hirsch, ¿qué sucede con el imputado que solo puede pagar la reparación de los daños en cuotas? Los autores que están en condiciones financieras de pagar oportunamente, constituyen una minoría. ¿Por qué deben ser tratados los autores solventes mejor que otros? Hirsch, La reparación, p. 79.

118 Hirsch, La reparación del daño..., p. 81.

que dado el caso, considera que los esfuerzos reparatorios serios habrían de ser considerados[119]. En casos de autores financieramente imposibilitados, de debe poder ofrecer un trabajo de bien común remunerado, cuyo producto debería, después, fluir hacia el ofendido[120]. **Estos autores plantean soluciones que en principio no se contemplan en nuestro C.P.P. para la reparación del daño, salvo que interpretemos como reparación "integral" las propuestas aquí mencionadas.**

- Hirsch habla del abuso del Derecho Penal para fines civiles. "...los parámetros para la realización de un procedimiento penal deben ser orientados según fines de Derecho Penal y no de Derecho Civil"[121].

- El ofendido muestra generalmente una sed de venganza[122]. "La experiencia había demostrado que no puede ponerse en manos de la víctima y sus allegados la respuesta al agresor. Que la lógica pasión que el delito desencadena en quien lo padece tiende a instrumentalizar aquella, convirtiendo la justicia en venganza o represalia. Que la respuesta al crimen debe ser una respuesta distante, imparcial, pública, desapasionada..."[123] Este argumento se refuta advirtiendo que la participación del ofendido en el proceso penal no es su interés primordial, siendo su interés prioritario el obtener una reparación de los daños causados por el imputado[124].

- Desde esa misma perspectiva se afirma que, la víctima fue expulsada del proceso penal por una razón: **la venganza privada o el procurarse represalias**, por ello, volver a darle facultades puede revivir las razones por las que fue expulsada. Se rebate este argumento en el sentido de que el mismo se trata de un prejuicio nunca demostrado[125]. "La ansiedad por perseguir...es rara, y, según mi experiencia, sería catalogada como patológica; además es neutralizada, perfectamente, por las reglas del procedimiento"[126]. Esta parte de venganza (como represalia) que pudiera incorporar la supuesta víctima al caso, "...sería necio ignorarla en la búsqueda de la solución del conflicto, porque ella existe en el mundo real y también requiere solución o, mejor dicho, forma parte de la solución que pretende alcanzar, como meta, nuevamente la paz jurídica"[127].

- Con la incorporación de institutos como los arriba mencionados, se pretende obtener una igualdad de armas entre víctimas e imputados, es decir, idénticos derechos para cada uno. No debe olvidarse, sin embargo, la posición diferente de cada uno en el proceso y a lo que se ven expuestos, el imputado: a la amenaza de la imposición de una pena, así como que se le prive de su libertad durante el proceso[128]. Asimismo, dicha finalidad podría conducir a que los derechos del ofendido sean ampliados a costa de las garantías procesales del imputado[129]. "No puede existir, de manera alguna, igualdad de armas entre imputado y ofendido en la relación procesal penal. La faz jurídico penal del procedimiento penal se refiere al problema de la existencia de la pretensión punitiva del Estado. El acusado es, por ello, aquel para quien, en este sentido, todo está en juego; el ofendido, en cambio, alguien para quien, en relación con ello, solo poco está en juego"[130].

- Algunos se preguntan si es conveniente o correcto que la realización del procedimiento penal se haga depender, genéricamente, del arbitrio del ofendido. "Con ello se abrirán las puertas y los pórticos a la extorsión del autor"[131].

---

119 Roxin, La reparación..., p. 154.
120 Ibidem.
121 Hirsch, La reparación..., p. 83.
122 Hirsch, La reparación del daño..., p. 86. "Motivar o fundamentar el control social a través de las víctimas, es algo enormemente peligroso...tendencia natural de la colectividad: LA VENGANZA". Giménez, La conciliación..., p. 90. Este punto, sin embargo, es refutado por algunos afirmándose que: "...a la gente le interesa poco la persecución penal y el castigo, sino que más bien busca ayuda en una situación crítica o alguna manera de conseguir alguna forma de reparación o compensación..." (Se citan algunos autores). Trenczek, ¿Hacia..., p. 26.
123 Cfr. Sangrador, J.L., La victimología y el sistema jurídico penal, cit. por García, El Derecho Penal y la víctima..., p. 240. **En este apartado se actualizan las críticas dirigidas al querellante exclusivo, las cuales se mencionaron infra.**
124 Así: Eser, Acerca..., p. 28.
125 Maier, La víctima..., p. 214.
126 Maier, La víctima..., p. 215.
127 Maier, La víctima..., p. 221.
128 Llobet, Proceso..., p. 293.
129 Cf. Hirsch, Acerca de la posición..., p. 100. "No se debe tratar de ampliar las facultades del ofendido a costa de los justos derechos y garantías procesales del autor, ni de reducir el Derecho Penal a un conflicto entre autor y víctima, ni de reemplazar la pena estatal por prestaciones expiatorias al ofendido, ni de tornar borrosa la diferencia entre Derecho Penal y Derecho Civil resarcitorio". Hirsch, Acerca de la posición..., p. 128.
130 Ibidem.
131 Hirsch, Acerca..., p. 127.

2- Objeciones político-criminales

- Con estos institutos se afirma que se: "Transforma el proceso penal en algo próximo al diván del psicoanalista, olvidando que dicho proceso está llamado a implementar, si hay lugar para ello, la seriedad del sistema penal; es decir, mostrar al público que el castigo es una amenaza real. Esta perturbación de la función político criminal del propio proceso penal puede revelarse, además, como *criminógena*. No de otro modo cabe entender la percepción del presunto sujeto activo, cuando observe que con una predisposición a la mediación, que en no pocas ocasiones solo tendrá un carácter simbólico, todo lo más moral, la infracción queda saldada. Si ello es así, tal sujeto entenderá que el precio por el delito ha sido sensiblemente rebajado y ello tiene una consecuencia inmediata: *hace rentable el delito*, pues diluye sensiblemente los límites razonables de la prevención general"[132].

- Asimismo, se cuestiona, desde un punto de vista político ciminal que pueda hablarse de un *sometimiento voluntario* a estas medidas, como la reparación o la conciliación, cuando quien esta acepta no está en condiciones de elegir, no ya libremente, sino ni siquiera está en la misma situación que la víctima. Es obvio que de no acceder el imputado a participar en estas medidas, el proceso penal seguirá no solo con todas sus consecuencias, sino que su oposición a concertarse con la víctima podría acarrearle consecuencias tanto en la ampliación del número de delitos objeto de la acusación como en un incremento del marco penal, dado que, aun respetando los límites legales, el juez podría imponerle la pena, ante la renuencia del sujeto activo a conciliarse, en el grado máximo que el Código permita[133].

Si se entiende que la voluntariedad de la participación en la conciliación tiene como objetivo en el pasar cuentas personalmente entre el autor y la víctima: se afirma la existencia de un claro componente moralizante. ¿Una decisión voluntaria adoptada bajo la presión del proceso penal?

- Partiendo del punto de vista de las teorías preventivas, el efecto preventivo especial se afirma, es igual a cero, si por ejemplo el ladrón tuviera que devolver solo la cosa hurtada o el estafador el dinero obtenido fraudulentamente. Si el autor supiera que él, en caso de fracasar, solo tendría que restituir el status quo ante, cesaría todo riesgo; él por la comisión del hecho, solo puede ganar, nunca perder, de manera tal que no habría fin preventivo especial de la amenaza penal[134]. También desde el punto de vista preventivo general la mera reparación, como reacción a las violaciones jurídicas, significaría, antes bien, una invitación a intentar alguna vez robar o estafar, pues en el peor de los casos la amenaza consistiría en la devolución de lo conseguido, cuya eventualidad no haría desistir a nadie de un plan delictivo a medio camino, que promete éxito[135].

- Los efectos preventivos (generales) de esta forma de solucionar los conflictos como la conciliación, son muy reducidos, incluso dicho mecanismo podría convertirse en un factor que propicie la delincuencia, ya sea por parte del propio autor o bien por parte de la víctima: porque aquel vería que el problema se resuelve con gran facilidad, sobre todo si cuenta con recursos para enfrentar la conciliación; la víctima también podría propiciar la conducta delictiva dado que podría igualmente obtener ventajas con la conciliación, al ver también que de manera menos complicada son satisfechos sus intereses afectados y tal vez con creces[136], sin necesidad de someterse a los mecanismos del proceso penal.

---

132 Queralt, Victimas..., pp. 150-151.

133 Queralt, Victimas..., p. 151. El imputado, del cual se desconoce, en términos de una sentencia penal, si es "merecedor" de una pena, se ve sometido a la propuesta compensatoria bajo la "espada de Damocles" de la aplicación de una pena, en una sentencia eventual cuyo signo —absolución o condena— él no domina ni puede calcular totalmente en la mayoría de los casos. Maier, El ingreso..., p. 47.

134 Para Hirsch, los hechos delictivos no deben ser provocados por la legislación, lo que se produce con institutos como los aquí comentados. Véase Hirsch, La reparación, p. 71. *Contrarius sensus*, Bueno, La atención..., p. 117, considera que la satisfacción de la víctima favorece la reconciliación con el delincuente y con ello, los fines de reinserción social (prevención especial).

135 Roxin, La reparación..., pp. 137-138. Maier, La víctima..., p. 197. **Este último autor advierte que en una oportunidad escuchó de Sebastián Soler la anécdota de que un ciudadano romano, que vivió en época de inflación de la moneda, se paseaba por la Vía Appia Antica insultando a las personas y entregándoles de inmediato 21 ases, la pena del delito contra el honor. Maier, La víctima..., p. 197, cita 22.** En contra de esta crítica, Trenczek, ¿Hacia una reprivatización..., p. 37, para quien "reparar" y mediatizar en el conflicto víctima-imputado parece ser una forma sensible y razonable de actualizar la validez de las normas sociales.

136 Moreno Hernández, Política criminal..., p. 365. Cabe advertir, sin embargo, con Maier que: **"La comprensión teórica del ingreso de la reparación a los fines tradicionales de la pena no es fácilmente criticable, por la misma razón que esa comprensión teórica aparece, por momentos, como pura especulación, a pesar de que, en el caso, parece estar avalada por ciertos estudios empíricos. Es fácil deducir que la crítica solo puede tener carácter especulativo..."** Maier, La víctima..., p. 203.

- La reparación no tiene capacidad para intimidar: se realiza el delito contando con que se puede pagar o incluso más, se trasladan los gastos al consumidor. Además, supone un "regalo" al delincuente pues este ya está obligado a reparar como consecuencia de todo delito. Rebatir esta objeción nos llevaría a introducirnos en la eterna discusión de si la pena previene la realización de delitos o si por el contrario lo que previene es la "posibilidad de ser descubierto por la policía". Se rebate esto afirmando que nadie defiende una pena exclusivamente con base en consideraciones preventivas, si los mecanismos alternativos de tutela permiten conseguir unos niveles razonables de prevención ello permite plantear la posibilidad de utilizar alternativa y no concurrentemente la técnica del Derecho Civil[137].

3- Objeciones sistémicas

- Se afirma que estos institutos, v. gr. la reparación del daño, la conciliación, etc., permiten la extinción de la acción penal, sin llegar a definir la verdad real de lo acaecido, rigiéndose estos institutos por una verdad formal o consensual entre las partes. Asimismo, se considera que el proceso de conciliación, de fallar, estaría encaminado a imponer al causante reticente a pactar, una sanción, y no a averiguar si el causante es responsable civil o penalmente de la producción del evento. El proceso de reparación excluye el proceso de investigación, cosa que, además, puede ser contradictoria con intereses enfrentados de diferentes víctimas de un mismo hecho[138].

  El proceso penal moderno nació para garantizar que el castigo y eventual reparación del daño se impusieran una vez depurada, si hubiere lugar a ello, la responsabilidad del infractor de acuerdo con un proceso legal, el denominado por los anglosajones *due process of law*[139].

- Asimismo, se afirma que el principal problema que plantean los institutos reseñados, consiste en la dificultad de que mecanismos orientados a la víctima, incorporados a un derecho penal orientado contra la víctima y a favor del Estado, puedan funcionar con un grado mínimo de coordinación. Estos mecanismos no solo son opuestos a los criterios rectores que informan la justicia penal, sino que además algunos de ellos han sido propuestos por los abolicionistas, y en consecuencia, han sido pensados como alternativas a la justicia penal, para operar fuera de ella[140].

Dentro de esto es dable hacerse la siguiente pregunta: ¿es posible que en un sistema tradicionalmente anclado en lo represivo como lo es el nuestro, con jueces con mentalidad inquisitiva, se transforme el mismo en un sistema conciliador?, con jueces conciliadores?[141]

4- Objeciones constitucionales y procesales

1- Presunción de inocencia y derecho de abstenerse de declarar

Tratándose de institutos como la reparación del daño y la conciliación, se afirma que los mismos son violatorios de la presunción de inocencia[142], ya que al sujeto se le impone una "pena" sin la previa y necesaria demostración de culpabilidad que exige el artículo 39 constitucional. Estas medidas, son, además, la consecuencia no de un proceso, sino de un modo anómalo de evitarlo. Asimismo, se afirma que el sujeto activo se ve compelido a aceptar la reparación, por ejemplo, lo que supone declarar, de hecho, obligatoriamente en su contra. No pocos presuntos infractores, ante las dificultades procesales, materiales y económicas de hacer frente a un proceso, se decantarán por este mal menor[143].

---

137 Larrauri, La reparación..., p. 189.

138 Queralt, Victimas..., p. 155. Debe tomarse en cuenta, sin embargo, que para efectos de la aplicación por parte del juez de medidas tales como la reparación integral del daño o la conciliación, es necesario que se haya acreditado con un grado de probabilidad razonable la existencia de un hecho típico, antijurídico y culpable, ya que de lo contrario lo procedente sería el dictado de un sobreseimiento definitivo. (Art. 311, incisos a), b) y c) del C.P.P.). "La aplicación de los criterios consensualistas, —acuerdos entre víctima y delincuente—, del artículo 30 del Código Procesal Penal ocurre una vez que el delito se ha configurado en todos sus elementos y una vez que el consentimiento del derecho-habiente, por no haber existido, no ha excluido la tipicidad o la antijuridicidad del hecho. Mediante estos acuerdos la voluntad de la *víctima*, en común acuerdo con el imputado, tiene la fuerza para extinguir la acción penal". Castillo, El consentimiento..., pp. 102-103.

139 Queralt, Victimas..., p. 155.

140 Bovino, La victima..., p. 116.

141 **En este sentido pareciera que lo más conveniente hubiera sido la creación de un procedimiento conciliatorio especial, al cual se hubiera podido acudir por "voluntad" de los intervinientes, procedimiento en el cual fuere necesaria la participación de un "mediador" y no de un Juez.**

142 Cf. Rivero, ¿Penalización..., pp. 103, 110. "De esta forma, se puede establecer un paralelismo entre el actual proceso penal y el proceso de la inquisición, que buscaba a toda costa la confesión del acusado..." Ib., p. 110.

143 Queralt, Victimas..., p. 162. Igualmente: Llobet, Conciliación..., p. 208

Estas objeciones a criterio de algunos, habría que matizarlas, ya que dentro de la conciliación por ejemplo, ya no se puede argumentar con el principio de presunción de inocencia, pues se trata de un procedimiento voluntario y que termina por acuerdos entre las partes. Su objetivo no es encontrar culpabilidades estigmatizantes como en el proceso penal ni tampoco establecer sanciones propiamente penales, sino lograr una satisfacción a la víctima a través de una respuesta del agresor æresponsabilidadæ y una pacificación en las relaciones víctima-agresor. Se trata pues, de un procedimiento completamente alternativo al sistema penal. Así, el problema se puede plantear ante el fracaso de la conciliación, lo cual se podría solucionar estableciendo una prohibición al juez de utilizar las declaraciones o reconocimientos prestados en la conciliación[144] [145].

Vemos, como en doctrina, se teme que admitir la aplicación de algunos de estos institutos sea una declaración anticipada de culpabilidad, debiendo evitarse que el juzgado pueda utilizar dicha presunción, en caso de que la conciliación fracase[146].

Lo anterior se relaciona en sus efectos con lo que se ha denominado "La destrucción de la posición defensiva del autor". Si el imputado se declara conforme con la reparación o conciliación, a menudo eso será visto como una confesión. Sin embargo, si el acuerdo "expiatorio" como lo denomina Hirsch, no alcanza su realización, la posición defensiva del autor estaría debilitada considerablemente[147].

No se podria eliminar de la mente del juzgador la actitud previa asumida por el imputado. En esto se presentaría un problema similar al que se presentaba otrora con la declaración de nulidades en un expediente judicial, en el cual las piezas o resoluciones anuladas quedaban constando en el expediente, con lo cual tenía un fuerte efecto a lo interno —de la psique— del juez, el cual procuraría con mayor razón la condena del imputado.

2- Principio de igualdad

Tal y como antes de expuso, también se afirma que, no todos los sujetos serán tratados idénticamente, tomando en cuenta sus posibilidades personales o materiales de reparación a la víctima[148]. Lo anterior trae como consecuencia que ante hechos análogos, unos sujetos podrán eludir la pena de prisión y otros no. Ante tal situación, los operadores emplearán muy distintos esfuerzos en uno y otro tipo de casos, "...perpetuando la frase de Baroja: **"La Justicia es como los perros: sólo ladra al mal vertido"**[149].

Con lo anterior, se devela un aspecto importante criticable a estos institutos y es la falta de simetría o de igualdad entre las posiciones del imputado y de la víctima. Es decir, se beneficia más a quien está dispuesto a conciliarse que a quien no lo está, sujeto este último que no hace sino ejercer sus derechos constitucionales y legales y ello con independencia de la gravedad del hecho. El ejercicio de un derecho público fundamental, para quien se sospecha ha cometido un delito, corre riesgo de convertirse así en una carga. De esta forma, quedarían desvirtuados el haz de derechos procesales, tanto constitucional como legalmente establecidos. En este contexto, entender que se obra voluntariamente es algo más que discutible[150].

Un problema que carece de solución, al menos por el momento, emerge de **contemplar la diferente posición de poder-socioeconómico, fundamentalmente** que precede al enfrentamiento entre víctima y victimario. ...la desigualdad social, que existe en la realidad como sustrato de ampliación del Derecho Penal ...se traslada directamente, sin más, al ámbito de la administración de

---

144 Larrauri y otro, Victimología: presente..., pp. 53-54. Larrauri, La reparación, p. 185: se alega que este principio no se vulnera desde el momento en que la persona acepta voluntariamente —voluntariedad que siempre sería relativa— dicho instituto.

145 De acuerdo con Pérez Sanzberro cit. por Larrauri, La reparación, p. 185, cita 28: la presunción de inocencia es manifestación del derecho a la defensa, a cuyo ejercicio puede renunciarse en el juicio oral; señalando la institución de la conformidad en el proceso penal español como muestra de la posibilidad de asumir un acuerdo. "...asumir la realización de un hecho no implica que la persona no pueda alegar motivos exculpatorios o discutir el grado de responsabilidad". V. crítica a esto en: Llobet, Conciliación..., p. 210.

146 Larrauri, La reparación, p. 185; Moreno Hernández, Política criminal..., p. 363.

147 Hirsch, Acerca..., p. 126.

148 Cf. así: Llobet, Conciliación..., p. 207.

149 Queralt, Víctimas..., p. 163.

150 Queralt, Víctimas..., p. 151. Igualmente: Rivero, ¿Penalización..., pp. 103, 112.

justicia, y sobre todo, al sistema penal. Solo un sistema fundado en la solidaridad social, que conceda a quienes no pueden defenderse por sí mismos, en relativa igualdad de posiciones con su adversario, una asistencia idónea, puede pretender atenuar los efectos de la desigualdad[151].

El "lado oscuro", como lo denomina Bínder, de estos institutos tiene que ver con ciertas prácticas de retiro estratégico de la función penal estatal, que no buscan el respeto de los intereses de los particulares al interés estatal, sino el dejar que las propias contradicciones de la **base social se manifiesten sin ningún tipo de control o compensación. La referencia al contexto latinoamericano es obligatoria.** La pobreza estructural de nuestros países y la existencia de sistemas económicos poco desarrollados. En un contexto de víctimas sumamente pobres, victimizadas por victimarios igualmente pobres ¿qué función cumple la privatización del proceso penal? Estamos frente a una discusión que permanece abierta. Bínder afirma al respecto que de todos modos se sostiene que el Derecho Penal y el proceso penal nunca le han dado nada bueno ni a la víctima ni al imputado pobres. Por otro lado, este autor afirma que esto significa abrir el camino hacia nuevas formas de "control social horizontal", donde grupos sociales igualmente marginados, se lanzan a una guerra sorda y continua entre sí, mientras el Estado deja este terreno libre, ya que en términos globales ese control social horizontal sirve a sus fines de control social vertical, en manos de grupos sociales muy definidos. O se produce la democratización del proceso (abandonando la idea central de la sanción penal en pos de un respeto de la redefinición privada del conflicto), o bien lleva a una retirada del poder penal del Estado, para facilitar que las grandes desigualdades de la propia base social generen nuevas formas de control[152].

Así vemos, se cuestiona la viabilidad de estas medidas frente a una realidad: el delincuente insolvente. El peligro de ello es que, finalmente, se imponga un arresto sustitutorio, reinstaurando así la prisión por deudas. Ello llevaría a un sistema penal desigualitario: "justicia de clase". Ello quizá es una consecuencia inevitable pues parte de la existencia de desigualdades sociales existentes y lo máximo que puede exigirse del Derecho Penal es que no las agudice. Asimismo, existe la preocupación del principio de igualdad, que los ricos puedan pagar para no ir a la cárcel y que los pobres no puedan pagar, determinadas ofensas, sin ser tan graves, que sean castigadas con la pena de cárcel[153].

3- Principio jurisdiccional

Los jueces deben ejercer de forma exclusiva y excluyente la función jurisdiccional que consiste en juzgar y hacer ejecutivo lo juzgado. Tratándose de estos institutos, v. gr. la reparación o la conciliación, el juez debe estampar su firma rubricando el acuerdo entre víctima e imputado, sea este el que sea, sin juicio alguno, es decir, al margen del cauce constitucional y legalmente previsto: el proceso penal. "La reparación o la mediación supone la finalización de un pleito penal, en el que se reconoce la existencia del delito, en el que el ministerio fiscal deja de ejercer la acción —pues hay que suponerlo implicado en la negociación— y el juez —pese a lo fehaciente del hecho, reconocido por la víctima y victimario— certifica tal existencia y, previo acuerdo, archiva..."[154]

4- El principio de oficialidad y de la búsqueda de la verdad real

El principio de oficialidad —clásico dentro del Derecho Procesal Penal— también resultaría seriamente afectado con la introducción de estos institutos. Asimismo, principios como el de verdad real —como ya se analizó— se verían atenuados con la aplicación de estos institutos[155].

5- Otras objeciones

El peligro de regresar al imperio de los poderosos, una de las causas justas de la irrupción del Derecho Penal

---

151 Maier, El ingreso..., p. 48. Para Dünkel, La víctima..., pp. 79-80: el otorgarle derechos activos de participación al ofendido no es compatible con el proceso criminal estatal entendido como un enfrentamiento entre el Estado y el imputado, "si no se quiere modificar el equilibrio orgánico entre defensa y parte acusatoria en detrimento del inculpado".

152 Bínder, Justicia penal..., pp. 69-71. Un ejemplo de la falta de protagonismo de la justicia penal se ha traducido en la aparición de policías privadas.

153 Larrauri, La reparación, p. 191.

154 Querall, Víctimas..., p. 164.

155 Así: Cafferata, La víctima..., p. 266. Rivero, ¿Penalización..., p. 102.

autoritario y disolver el Derecho Penal en una suerte de juego de presiones privadas, de las cuales saldrán victoriosos los más fuertes, que "quizás pongan más en peligro la paz jurídica que el hecho mismo"[156 - 157].

En esto se muestra especialmente preocupado Maier, ya que la disolución del conflicto social en uno que solo pone en juego intereses privados, contrapuestos directamente, "...terminará por arrojar su solución al juego de las presiones y sutiles coacciones sociales, de manera que los fuertes y más poderosos triunfarán sobre los débiles, menos poderosos. Ello no debería asombrar, pues así funciona, en general, nuestra administración de justicia en Derecho privado actualmente, a la cual no acceden los débiles y en la cual, probablemente, tampoco triunfan ellos en gran medida...Empero, a decir verdad, el Derecho Penal (estatal), cualesquiera que hayan sido o que sean sus motivos legitimantes, ha mostrado la misma tendencia, precisamente por su aplicación, con preferencia a los más débiles, y hasta se ha caracterizado en gran medida, por marginar a los ya marginados; se trata, y no casualmente, de la contrapartida de aquello que sucede en Derecho Privado: quienes acá no acceden a la administración de justicia, son "accedidos" a la justicia criminal coactivamente, por voluntad del mismo Estado que imparte justicia"[158].

Desde esta perspectiva, los imputados seguirían siendo...los eternos perdedores.

Tales propuestas suponen que sean los propios protagonistas del conflicto los que se ocupen de resolver el problema, y ello puede suponer toda suerte de pactos y componendas en perjuicio de una de las partes del conflicto, y, por tanto, su indefensión y la pérdida de sus garantías[159].

El concepto de víctima. "De la víctima en sentido tradicional, la persona, no necesariamente de Derecho Privado, que sufre el daño directo que provoca el delito, se desprende hoy el concepto de víctima, ampliado a intereses sociales (bienes jurídicos colectivos)"[160]. Se produce la irrupción de las asociaciones intermedias, las cuales no son, en sentido estricto, las portadoras del bien jurídico concretamente perjudicado[161], sino "representantes del mismo".

La posición del imputado se ve debilitada por la incorporación de un nuevo acusador **(Querellante en delitos de acción pública)**, cuando no de varios, en casos específicos. Este es, a criterio de Maier, un argumento de peso. Si sumado al Ministerio Público, quien es auxiliado por la policía, ambos organizados y entrenados para perseguir penalmente, se incluye a uno o varios acusadores, que disponen de asesoramiento jurídico, las posiciones de los intervinientes en el proceso penal pierden balance, y según ello, son necesarias previsiones legales especiales para equilibrar, al menos jurídicamente, la balanza[162]. Para Maier, el problema es real y existe, aun sin la intervención del ofendido en el proceso; sin embargo, la posible intervención del ofendido hace más grande el problema, ya existente[163].

El remedio propuesto para esto es la "...unificación procesal de los litisconsortes, bajo una única representación..., para evitar la sobrecarga de acusadores contra el imputado..."[164]

SECCIÓN IV: LA TAREA PENDIENTE: LA IMPRESCINDIBLE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

De lo expuesto supra, en torno a las diversas objeciones formuladas contra estos institutos, y de una apreciación general sobre el sistema penal, se desprende la evidente vinculación de este tema con el Derecho Penal sustantivo.

Desde esa perspectiva, consideramos que reviste una tarea prioritaria la reforma del Código Penal, en la cual

156 Maier, La Víctima..., p. 198.

157 Muñoz Conde, El Derecho Penal..., p. 176: "Recuérdese que la «neutralización de la víctima» y el monopolio del poder punitivo por parte del Estado, no surgieron solo para evitar la autocomposición y la venganza privada, sino también para algo tan serio e importante para una sociedad moderna como es el poder punitivo, la cara más seria del Leviatán estatal, no quede en manos de los intereses bastardos y egoístas de los más poderosos".

158 Maier, La víctima..., p. 205.

159 Muñoz Conde, El Derecho Penal..., p. 176.

160 Maier, La víctima..., p. 213.

161 Ibidem.

162 Ib., p. 217.

163 Ibidem.

164 Maier, La víctima..., p. 222. "Se debe advertir que el problema, llevado al caso concreto, es bipolar, pues puede suceder que existan varios imputados contra un solo ofendido; y también es posible que la situación se presente equilibrada, razón por la cual la reducción de la representación debe ser ponderada en cada caso". Ibidem. Para Queralt, Víctimas..., p. 152, la víctima con estos institutos no tiene nada que perder, pudiendo por el contrario reforzar su postura, "...Con lo que se incrementa la desigualdad procesal entre victimario y víctima".

se retomen aspectos fundamentales relacionados con estos institutos, para definir, por ejemplo, tratándose de la reparación o la conciliación, qué naturaleza jurídica tiene la misma y su relación, si es que la tienen, con los fines de la pena.

Lo anterior, debido a que la reparación puede ser teóricamente configurada como una sanción principal autónoma impuesta por el legislador; puede ser también configurada como una alternativa a las penas privativas de libertad por vía de la sustitución de estas, como también puede formar parte del contenido de las obligaciones a cumplir en la suspensión de la pena privativa de libertad y puede finalmente (en los modelos de mediación-reparación) implicar una renuncia a la imposición de cualquier otra pena; también sería importante determinar en el Código Penal si la reparación permite, a modo de excusa absolutoria, la exención de la pena, etc.[165]; o si por el contrario, estamos en presencia de un perdón legalmente regulado, más o menos condicionado[166].

Es obvio entonces, y en eso se encuentra conforme la doctrina de que, tratándose de la reparación, estamos en presencia de una problemática jurídico material, a saber, de una problemática referida al sistema de las consecuencias jurídicas del Derecho Penal[167].

En el sentido propugnado se manifiesta Maier al decir que, no es posible hallar soluciones integrales, coherentes y operativas si no se trabaja, a la vez, con los dos sectores jurídicos que conforman básicamente el sistema penal: el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal, advirtiendo este autor que "las decisiones que se tomen en el nivel del Derecho Penal material son de mayor importancia o, en todo caso, preceden a las instrumentales"[168], todo lo contrario a lo que ha sucedido en nuestro país.

La reforma del Código Penal también es importante, ya que muchos de los institutos aquí analizados tienen estrecha relación con el tema de la culpabilidad; en especial, con lo conocido en doctrina como: "la compensación de la culpabilidad", que extingue la culpabilidad o la reduce parcialmente.

Tradicionalmente se ha afirmado que la culpabilidad es cuantificable. Así, se asevera que existen ciertos aspectos de la conducta del autor posterior al hecho, v. gr. la reparación, que compensan la culpabilidad del mismo. Se habla así de compensación de la culpabilidad en dos sentidos: una **compensación socialmente constructiva de la culpabilidad**, que tiene lugar cuando el autor del delito mediante un *actus contrarius* reconoce la vigencia de la norma vulnerada, así v. gr. en el arrepentimiento y en la reparación; y de **compensación destructiva**, la cual tiene lugar cuando el autor recibe, como consecuencia del delito, un mal que compensa total o parcialmente su culpabilidad; estos males pueden ser jurídicos o naturales. El prototipo del primer tipo de culpabilidad estaría constituido por la pena (poena forensis), cuyo cumplimiento extingue la culpabilidad por compensación total. Los segundos, dan lugar a la figura de la *poena naturalis*[169].

Por último, consideramos que la vía ortodoxa, tratándose de un sinnúmero de supuestos en los que proceden estos institutos, sería despenalizar o descriminalizar, para así convertir el Derecho Penal realmente en lo que debe ser: *la ultima ratio.*

SECCIÓN V: ALGUNAS CONCLUSIONES

De lo expuesto, es dable observar que estamos en presencia de una tema que pone evidentemente en juego la tradicional frontera que se ha zanjado entre el Derecho Penal y el Derecho Privado, de la mano de las dos reacciones características de cada uno de ellos: la pena y la reparación.

En ese sentido, es dable preguntarnos en torno a la racionalidad de responder al fenómeno delictivo con una u otra reacción o con ambas a la vez. Como se ha visto, la posibilidad de que el Derecho Penal y Procesal Penal utilicen los institutos típicos del Derecho Civil en el cumplimento de sus funciones ha sido arduamente criticada, sin dejar de tener razón muchos de tales cuestionamientos. Eso nos hace pensar que probablemente lo más correcto en nuestro medio hubiera sido no haber dado un giro tan radical como el que se dio, es decir, hubiera sido más prudente realizar algunas

165 Larrauri, La reparación, p. 193. V. asimismo: Righi, Dogmática..., p. 334 y ss.
166 Queralt, Victimología..., p. 154.
167 Hirsch, Acerca de la posición..., p. 105.
168 Maier, La víctima..., p. 194.
169 Bacigalupo, Principio de culpabilidad..., pp. 144 y ss.

modificaciones a nuestro sistema penal (—algunas de ellas pudiendo ser tan significativas como las actuales—), para de esta forma ir midiendo su impacto sobre la ciudadanía en general, y así poder ir valorando la conveniencia de su ampliación o limitación. Ahora bien, sabemos también que detrás de la reforma hay todo un planteamiento político, que no es objeto de este trabajo, que definitivamente marcó las pautas determinantes del proceso penal actual.

Asimismo, como es sabido, el C.P.P. de 1973, consagró modelos privados en el Derecho Penal: las acciones privadas, las cuales según mi entender fueron utilizadas solamente por personas con cierta capacidad económica. La pregunta que surge aquí es entonces ¿los nuevos institutos incorporados irán a ser también utilizados mayormente o exclusivamente por las personas que cuentan con recursos económicos suficientes? ¿Eternizará y aumentará el Derecho Penal y Procesal Penal la diferencia abismal de clases?

Por otro lado, necesitamos coincidir con Maier en el sentido de que: "...cuando se quiere mejorar la situación de la víctima uno no puede evitar, al edificar esa nueva posición, golpear y hasta derribar parcialmente, los fundamentos del sistema penal estatal y aún los de otras áreas de la vida jurídica: los fines expiatorios o preventivos de la pena y la función del Derecho Penal, la relación y los límites entre la pena estatal y el interés particular (Derecho Penal y Derecho Privado), los fines del procedimiento penal, la relación de los sujetos procesales entre sí, en especial, la de los órganos estatales con los intervinientes privados en el procedimiento y la posición del imputado; de allí la dificultad para tomar decisiones y emprender un camino que opere prácticamente..."[170]

A pesar de las manifestaciones tan tajantes de Maier, consideramos que la introducción de dichos institutos no fue precedida de una reflexión seria y profunda en cuanto a las implicaciones que los mismos podían causar a lo interno del sistema penal.

Desde otro ángulo, es dable advertir que la incorporación de medidas como la reparación y la conciliación en el Derecho Penal resaltan valores como el principio de la autonomía de la voluntad en la decisión de los conflictos sociales, por sobre la autoridad de la decisión estatal, admitiéndose por nuestro legislador que todo caso penal está generado, desde su base, por un conflicto social a resolver, debiendo tenerse claro que si se propone la resolución o redefinición del conflicto, art. 7 del C.P.P., no se puede pensar en el castigo[171].

Lo anterior se relaciona en sus efectos con otro tema que, me parece, reviste el trasfondo importante de toda esta discusión: nuestro C.P.P. hace una notable y clara distinción entre intereses privados (en donde la persecución penal y la extinción de la acción penal quedarían en manos de la víctima; en relación con bienes jurídicos disponibles por el mismo, v. gr. el patrimonio) e intereses públicos (incluidos aquí los intereses difusos y colectivos), (en los cuales el M.P. es el representante de la colectividad por excelencia, quedando en sus manos la persecución penal y la extinción de la acción penal).

Lo anterior ha llevado a afirmar —tal y como antes se vio— la existencia en doctrina de dos corrientes: una denominada justicia penal en sentido estricto y otra justicia reparadora. Los partidarios de la primera contemplan la separación entre el Derecho Penal y el Civil como un progreso, en el cual el Estado asume para sí la pretensión punitiva[172]; los de la segunda, leen este proceso histórico como el momento en que el Estado absoluto asumió para sí la función de castigar para crear y fortalecer su poder, con ello eliminó a la víctima y el objeto de la reparación del proceso penal y lo sustituyó por el castigo. Los partidarios de esta segunda sostienen que el delito es un conflicto que se diferencia de los otros

---

170 Maier, La víctima..., p. 193.

171 Trenczek, ¿Hacia una reprivatización..., p. 36.

172 Así se afirma: *"Pretender superar el carácter público de la relación jurídico-penal y su independencia respecto de la relación jurídico-privada no constituye un paso hacia delante sino un retroceso hacia etapas históricas superadas por el Derecho Penal moderno y puede propiciar la mercantilización de la responsabilidad penal, favoreciendo a quienes disponen de medios económicos. Como todas las sanciones económicas, la "pena-reparación" sería, esencialmente, una pena desigual". El argumento más importante a favor de la separación de los ámbitos de la responsabilidad penal y civil radica en los distintos criterios que rigen en su ponderación y que antes se han aludido: mientras la pena es proporcional a la gravedad del hecho, la responsabilidad civil debe ser equivalente al daño o el perjuicio ocasionado por el mismo, que puede ser inferior o superior a la gravedad del delito..."* Muñoz Conde y otra, Derecho Penal..., p. 630.
Ferrajoli es también un crítico de esta mixtura: el cual es contrario a la reparación: "...es precisamente la irreparabilidad lo que distingue los ilícitos penales de los civiles..." Cit. por Larrauri y otro, Penas alternativas..., p. 273". Asimismo, afirma que la pena: *"...deberá consistir siempre en un pati, es decir en la privación de un derecho sufrida pasivamente. En esto radica su diferencia con las sanciones civiles, como el resarcimiento del daño y la ejecución en forma específica, que son prestaciones positivas que satisfacen obligaciones de hacer y tienen un contenido reparatorio"* Ferrajoli, Derecho..., p. 420.

por la reacción de que es objeto, que afecta esencialmente a intereses privados y la intervención del Estado debe ser la misma que en otro tipo de conflictos: establecer el proceso en el cual las partes dirimen su conflicto[173]; los partidarios de la primera consideran que el delito, además de la posible afectación a la víctima, genera siempre un daño social.

Se buscan y diseñan alternativas no penales a la pena, con un objetivo: la prevención especial, es decir, mantener al delincuente al margen del delito. Ello lleva a la clásica polémica de las antinomias de los fines de la pena, que aquí, al enfrentar pena con reparación, no hacen sino volverse a plantear, incluso con más crudeza[174].

Por otro lado, debemos reconocer la existencia de un riesgo evidente en el tardío interés por la víctima: la sustitución del culto al delincuente por el culto a la víctima. Reconocemos que la víctima del delito no puede ser ignorada pero, tampoco, ser convertida en el protagonista exclusivo del hecho criminal[175]. Debe tomarse en cuenta en todo caso que: "La ampliación de los derechos de la víctima puede tener como consecuencia la retirada del Estado y con ello una «privatización del Derecho Penal» que de ningún modo habrá de tener siempre efectos favorables para la víctima."[176] Por ello, no deben contraponerse las expectativas de la víctima con los derechos y garantías del imputado, tal y como lo hiciera el positivismo criminológico en su momento[177].

Por último, a pesar de que siempre seguirá siendo una quimera, lo más deseable y correcto metodológicamente sería la descriminalización de una serie de conductas del Derecho Penal, las cuales con vista en el C.P.P., han revelado que pueden ser conocidas y resueltos los conflictos atinentes a ellas, por otras áreas del Derecho distintas al Derecho Penal[178].

Para finalizar: ¿Qué entendemos entonces por privatización del Derecho Penal y Procesal Penal? Por ello se entiende el otorgarle —vía los institutos mencionados— primacía a los intereses particulares sobre los intereses públicos y permitir un ámbito a la autonomía de la voluntad de los intervinientes, facilitándose los acuerdos entre la víctima y el imputado.

---

173 Larrauri, La reparación, p. 186.

174 Queralt, Victimas..., p. 168.

175 Landrove, Victimología..., p. 24. Los legítimos derechos de la víctima —se afirma— no deben llevar, en ningún caso y bajo ninguna circunstancia, a una nueva concepción del Derecho Penal "...que sustituya el *in dubio pro reo* por el *in dubio pro victima*,..." Queralt, Victimas..., p. 152. Dünkel, La victima..., p. 67, cita el informe final de una comisión instalada en el año de 1982 por el presidente Reagan que exigió "bajo el estandarte de la protección de la víctima" que se aflojaran los presupuestos para disponer internamiento preventivo y que se abolieran las prohibiciones de pruebas en caso de diligencias ilícitas y la eliminación de la libertad provisional del régimen penitenciario". En este último sentido se manifiesta Ferrajoli quien afirma en lo relativo a la justificación de la pena, que el Derecho Penal solo se justifica en cuanto tenga un carácter garantista para el propio delincuente, en cuanto lo proteja frente a los desmanes que pueden provocar la venganza privada. Ferrajoli, Derecho Penal... cit. por Llobet, Proceso..., p. 286.

176 Dünkel, La victima..., p. 67.

177 Así: García Pablos de Molina, El Derecho Penal..., p. 241, según el cual el positivismo criminológico apeló sistemáticamente a los intereses de la víctima del delito, pero con el propósito de negar los derechos del delincuente: esto es, como coartada defensista, *antigarantista*. Llobet, Proceso..., p. 291, se manifiesta en igual sentido, advirtiendo que el reconocimiento de la víctima no debe llevar a una reducción de los derechos del imputado, v. gr. tratándose de prueba ilícita y prisión preventiva.

178 "...para qué recurrir al Derecho Penal si se trata de una conducta en la que alcanza con reparar el daño..." Ziffer, Lineamientos..., p. 170.

BIBLIOGRAFÍA

Albin, Eser. Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. En: Maier y otros. De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992.

Armenta Deu, Teresa. Pena y proceso: fines comunes y fines específicos. En: Política criminal y nuevo Derecho Penal. Barcelona, José María Bosch, Editor, 1997.

Bacigalupo, Enrique. Principio de culpabilidad, carácter del autor y poena naturalis en el Derecho Penal actual.

Bínder, Alberto. Justicia penal y Estado de Derecho. Argentina, Ad-Hoc, 1993.

Bovino, Alberto. La víctima como preocupación del abolicionismo penal. En: Maier y otros. De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992.

Bovino, Alberto. La víctima. En:Problemas del Derecho Procesal Penal contemporáneo. Argentina, Editores del Puerto, s.r.l., 1998.

Bueno Arús, Francisco. La atención a la víctima. En: El Derecho Penal y la víctima, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Cataluña, número 8, marzo de 1992.

Cafferata Nores, José I. La víctima del delito. En: Cuestiones actuales sobre el proceso penal, Argentina, Editores del Puerto, s.r.l., 1998.

Cafferata Nores, José I. Ministerio Público Fiscal: perfil funcional, situación institucional y persecución penal (en la nueva legislación argentina). En: Cuestiones actuales sobre el proceso penal, Argentina, Editores del Puerto, s.r.l., 1998.

Cafferata Nores, José. Temas de Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Depalma, 1988.

Castillo, Francisco. El consentimiento del derechohabiente en materia penal. San José, Costa Rica, Editorial Juritexto, 1998.

Creus, Carlos. Reparación del daño producido por el delito. Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 1995.

Dünkel, Frieder. La víctima en el Derecho Penal, ¿en vías de una justicia criminal orientada hacia el autor a una orientada hacia la víctima? En: El Derecho Penal y la víctima, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Cataluña, número 8, marzo de 1992.

Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Madrid, Editorial Trotta, S.A., 1995.

Florián, Eugenio. Elementos de Derecho Procesal Penal. Barcelona, Bosch, 1990.

García Aguilar, Rosaura. La suspensión del procedimiento a prueba en el proceso penal. San José, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas, S.A., 1998.

García Pablos de Molina, Antonio. El Derecho Penal y la víctima. En: El Derecho Penal y la víctima, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Cataluña, número 8, marzo de 1992.

Giménez-Salinas y Colomer, Esther. La conciliación víctima-delincuente como alternativa a la justicia penal. En: El Derecho Penal y la víctima, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Cataluña, número 8, marzo de 1992.

Henrique Pierangeli, José. El consentimiento del ofendido. Una teoría del delito. Argentina, Editores del Puerto, s.r.l., 1998.

Highton, Elena I. y otros. Resolución alternativa de conflictos y sistema penal, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.

Hirsch, Hans Joachim. Acerca de la reparación de la víctima en el Derecho Penal y en el Derecho Procesal Penal. En: Maier y otros. De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992.

Hirsch, Hans Joachim. La reparación del daño en el marco del Derecho Penal material. En: Maier y otros. De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992.

Houed Vega, Mario. La suspensión del proceso a prueba. En: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal,

San José, Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S.A., 1996.

Issa El khoury Jacob, Henry. La reparación del daño como causal de extinción de la acción penal. En: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, San José, Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S.A., 1996.

Landrove Díaz, Gerardo. Victimología, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990.

Larrauri Pijoan, Elena. Introducción al debate de la privatización del sistema penal: la policía privada. En: El Derecho Penal y la víctima, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Cataluña, número 8, marzo de 1992.

Larrauri, Elena. Victimología. En: Maier y otros. De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992.

Larrauri Pijoan, Elena; Bustos Ramírez Juan. Victimología: presente y futuro. (Hacia un sistema penal de alternativas), Barcelona, PPU, 1993.

Larrauri Pijoan, Elena y otros. Penas alternativas a la prisión. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, S.A., 1997.

Larrauri Pijoan, Elena. La reparación. En: Penas alternativas a la prisión. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, S.A., 1997.

Llobet Rodríguez, Javier. Proceso penal comentado, San José, Costa Rica, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1998.

Llobet Rodríguez, Javier. Conciliación imputado-víctima, reparación del daño y Estado de Derecho. En: Nuevo Proceso Penal y Constitución, San José, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas, S.A., 1998.

Maier Julio. Derecho Procesal Penal argentino, Buenos Aires, Hammurabi, T. Ib), 1989.

Maier, Julio B.J. La víctima y el sistema penal. En: Maier y otros. De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992.

Maier, Julio B.J. El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho Penal argentino. En: El Derecho Penal hoy. Buenos Aires, Editores del Puerto, s.r.l., 1995.

Maier, Julio B.J. Dogmática penal y víctima del hecho punible. En: Teorías actuales en el Derecho Penal. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.
Martínez Sánchez, Mauricio. La abolición del sistema penal, Colombia, Editorial Temis, 1990.

Matthews, Rogers. Reflexiones en torno al debate sobre las prisiones en Gran Bretaña. En: El Derecho Penal y la víctima, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Cataluña, número 8, marzo de 1992.

Maurach, Reinhart. Derecho Penal. Parte general. Buenos Aires, Editorial Astrea, T. I, 1994.

Moreno Hernández, Moisés. Política criminal y dogmática de las víctimas. En: Teorías actuales en el Derecho Penal. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.

Muñoz Conde, Francisco. El Derecho Penal a finales del siglo XX. En: El Derecho Penal y la víctima, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Cataluña, número 8, marzo de 1992.

Muñoz Conde, Francisco; García Arán, Mercedes. Derecho Penal. Parte general, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

Navarro Solano, Sonia. Conciliación y reparación entre víctima y delincuente: una perspectiva para la solución alternativa de conflictos en materia penal. En: Resolución alternativa de conflictos, Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, Cuadernos para el Sector Justicia, N° 3, San José, 1995.

Olazabal, Julio. Suspensión del proceso a prueba. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1994.

Pérez Sanzberro, Guadalupe. Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?, Granada, Editorial Comares, 1999.

Queralt, Joan J. Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del Proyecto Alternativo de Reparación. En: Política Criminal y nuevo Derecho Penal. Barcelona, José María Bosch, Editor, 1997.

Righi, Esteban. Dogmática y política criminal de la víctima. En: Teorías actuales en el Derecho Penal. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.

Rivero Sánchez, Juan Marcos. ¿Penalización del Derecho Civil o civilización del Derecho Penal? En: Nuevo Proceso Penal y Constitución, San José, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas, S.A., 1998.

Roxin, Claus. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad. En: Determinación Judicial de la pena, Argentina, Editores del Puerto, s.r.l., 1993.

Roxin, Claus. La reparación en el sistema de los fines de la pena. En: Maier y otros. De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992.

Sáinz-Cantero Caparrós, María Belén. La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación. Granada, Editorial Comares, 1997.

Salas Porras, Ricardo. La querella pública. En: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, San José, Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S.A., 1996.

Trenczek, Thomas. ¿Hacia una reprivatización del control social? «Una evaluación de víctima-delincuente-reconciliación». En: El Derecho Penal y la víctima, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Cataluña, número 8, marzo de 1992.

Velásquez Velásquez, Fernando. Derecho Penal, parte general, Colombia, Temis, S.A., 1995.

Vitale, Gustavo. Suspensión del proceso penal a prueba. Buenos Aires, Editores del Puerto, s.r.l., 1996.

Ziffer, Patricia. Lineamientos de la determinación de la pena, Argentina, Ad-Hoc, 1996.

* * *

RECOMENDACIONES APROBADAS POR EL CONSEJO DIRECTIVO DE LA ESCUELA JUDICIAL DURANTE EL AÑO 2000

RECOMENDACIONES APROBADAS POR EL CONSEJO DIRECTIVO DE LA ESCUELA JUDICIAL DURANTE EL AÑO 2000

CONTENIDO

1. SESIÓN N° 04-00, artículo V, del dos de marzo de dos mil: VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO "NON BIS IN IDEM" ENTRE LA COMPETENCIA DE TRÁNSITO Y LA COMPETENCIA PENAL. POSIBILIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO DE SOLICITAR LA REMISIÓN DE EXPEDIENTES A LOS JUZGADOS DE TRÁNSITO.

2. SESIÓN N° 04-00, artículo VI, del dos de marzo de dos mil: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 148 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL. HORA JUDICIAL PARA LLEVAR A CABO ACTUACIONES JUDICIALES.

3. SESIÓN N° 05-00, artículo VI, del dieciséis de marzo de dos mil: EFECTOS DE LA NULIDAD DE LA SENTENCIA O DEL ACTA DE DEBATE. PRECRIPCIÓN EN MATERIA PENAL.

4. SESIÓN N° 05-00, artículo XI, del dieciséis de marzo de dos mil: ANÁLISIS DE LA POSIBILIDAD DE REALIZAR ALLANAMIENTOS EN MATERIA CONTRAVENCIONAL.

5. SESIÓN N° 12-00, artículo X, del ocho de agosto de dos mil: ANULACIÓN DE SENTENCIAS POR PARTE DEL MISMO JUEZ QUE LAS DICTÓ, ENCONTRÁNDOSE FIRMES, CON FUNDAMENTO EN ACUERDO DEL CONSEJO SUPERIOR.

* * *

SESIÓN N° 04-00

CONSEJO DIRECTIVO DE LA ESCUELA JUDICIAL,
a las ocho horas, quince minutos del dos de marzo de dos mil.

VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO "NON BIS IN IDEM" ENTRE LA COMPETENCIA DE TRÁNSITO Y LA COMPETENCIA PENAL. POSIBILIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO DE SOLICITAR LA REMISIÓN DE EXPEDIENTES A LOS JUZGADOS DE TRÁNSITO

"ARTÍCULO V

El Consejo Directivo de la Escuela Judicial, en la Sesión Nº 13-99, artículo IV, conoció el oficio UJ-285-99 del 9 de agosto de 1999, suscrito por **la Licda. Carmen Cerdas Cisneros**, referente a la consulta realizada por la Licda. Damaris Acuña Fernández, Jueza de Tránsito y se acordó previo a resolver lo correspondiente, solicitarle a la Licda. Cerdas reconsidere el criterio expresado.

-0-

La **Licda. Gloriana López Fuscaldo**, Abogada Asistente de la Escuela Judicial, en oficio UJ-009-2000 del 12 de enero de 2000 dice:

> "En cumplimiento del acuerdo tomado por el Consejo Directivo de la Escuela Judicial, en la sesión Nº 13-99, celebrada el 2 de diciembre de 1999, le remito lo solicitado en dicho acuerdo.
>
> En primer término y de previo a la reconsideración del criterio expresado en el oficio UJ-285-99 del 9 de agosto de 1999, procede informar que en la Comisión de Asuntos Penales no consta recomendación alguna en ese sentido. Sin embargo, sí consta una consulta aún no evacuada por la Comisión, que contiene un planteamiento similar a la presentada ante la Escuela Judicial.
>
> De seguido, se transcribe la consulta planteada por la licenciada Damaris Acuña Fernández, Jueza de Tránsito del Segundo Circuito Judicial de la Zona Atlántica, ante la Escuela Judicial, que dice literalmente:

Como Juez de Tránsito del Segundo Circuito Judicial de la Zona Atlántica he presentado el conflicto de competencia en el expediente 98-201635-485-TP para ante el Tribunal de Juicio de este mismo circuito. La disconformidad que he planteado en el conflicto de competencia radica en los siguientes razonamientos:

1. La Fiscalía solicita al Juez Penal testimonio de piezas y separa la causa en dos. En este caso concreto se señaló que los hechos correspondían a una colisión entre los vehículos placa CL-133683 y CL-69706, conducidos por Érick Rodríguez Madrigal y Marvin Castillo Vega. Que a consecuencia de la colisión ambos imputados así como Wálter Sancho Fuentes que viajaba en el vehículo conducido por Marvin resultaron con lesiones. Los conductores con lesiones leves y Marvin con una incapacidad de quince días y se solicitó revaloración. El razonamiento del conflicto de competencia radica en el hecho de que el ordenar testimonio de piezas lesiona el principio de nos bis in idem —garantizado en el artículo 11 del Código Procesal Penal— tal garantía he señalado que procede por razones de seguridad jurídica cuando existe cosa juzgada o litispendencia y cuando exista identidad objetiva (identidad del hecho) e identidad subjetiva (identidad del imputado) y que por ello he afirmado que no es procedente separar las causas en virtud de que el proceso de tránsito implica también la persecución penal, lo que significa que a un mismo imputado se le sigan dos causas por el mismo hecho. Contrario a ello el juez Nelson Rodríguez Jiménez, ha señalado que "El asunto de tránsito es una infracción que fundamentalmente persigue la reparación del

daño, por lo que las pretensiones en una y otra vías son distintas. En materia de delitos cuando no se ejercite la acción civil resarcitoria o la querella, lógicamente la pretensión es la sanción penal y en tránsito la pretensión civil, la condena en daños y perjuicios. Ello nos lleva a concluir, visto desde la nueva normativa procesal penal, que lo que se resuelva en una u otra vía no es vinculante. La sentencia penal no podría obligar al juez de tránsito a revisar su fallo en caso de ser contradictoria, ni mucho menos vincular al juez penal el fallo de tránsito, puesto que como se indicó las pretensiones son distintas. Por tal motivo, no se violenta el principio "non bis in idem...". Aún y cuando respeto el criterio del señor juez, es lo cierto que considero que no podría afirmarse que las persecuciones son distintas, puesto que en materia de tránsito también se impone una pena de multa. Nada impide conforme al artículo 46 del Código Procesal Penal el juez penal puede conocer de los hechos punibles más leves. "Los Tribunales con competencia para conocer de delitos la tendrán también para conocer de contravenciones...". Ahora bien, no sólo piénsese en esto. Con los mismos hechos arriba descritos. Qué pasaría me pregunto cuando éste Despacho se haya condenado a alguno de los imputados (Érick) por la colisión o infracción a la ley de tránsito como se le quiera llamar. Podría válidamente otro juez venir a conocer el asunto penal y condenar —porque podría ser el caso— a Marvin? o condenar nuevamente a Érick, por lesiones culposas o imponerle otra pena de multa?; y porque no. No sabemos si el ofendido va a presentar la acción civil resarcitoria, que en todo caso también tendría el resarcimiento en daños y perjuicios. Diferente sería, creo yo, el caso, si el ofendido expresamente indicara que no tiene interés en el asunto, y sólo bajo ese supuesto sí se podría conocer en este Despacho únicamente lo que corresponde a la colisión. Ante las apreciaciones señaladas ¿Se viola el principio de non bis in idem?

2. Otra consulta que requiero hacer está también con otro hecho algo similar. Resulta que en algunas oportunidades sin mediar dictamen medicolegal o existiendo éste en el que se solicita la remisión del expediente a éste despacho, en el primer caso sin remitir a la víctima a la Medicatura Forense y en el segundo sin la revaloración, alegando entre otros que la tramitación de tránsito es más expedita y que a su juicio no se trata de unas lesiones que sobrepasen la incapacidad de los diez días. En varias oportunidades después de continuar este Despacho con el trámite y después de remitir a la víctima a valorar, se ha determinado que tal apreciación del fiscal no era correcta. Por ello considero que hasta tanto un despacho judicial no tenga una certeza absoluta de que es incompetente para conocer de un asunto determinado, no puede válidamente hacer tal declaratoria. En algunas oportunidades también han señalado que se remite el expediente ha este despacho porque no fue posible localizar a la víctima para ser valorada médicamente. Aún y cuando las lesiones culposas son de instancia privada, nada impide conforme al artículo 17 del Código Procesal Penal, que el Ministerio Público realice los actos urgentes o imprescindibles para conservar los elementos de prueba. Y un elemento de prueba lo constituye la pericia médica. Por lo tanto reitero y ésta es mi consulta ¿El Ministerio Público puede solicitar la remisión del expediente a los juzgados de tránsito, sin tener una certeza de que no es competente para conocer la causa?

CONSIDERANDO:

1. Que el primer punto consultado se refiere a un asunto específico y que además se encuentra aún activo. Sin embargo y en relación con la pregunta general planteada allí, procede realizar algunas observaciones en torno al principio de *non bis in ídem*.

2. Que si una persona resulta absuelta ante un juzgado de tránsito y por los mismos hechos es juzgada en sede penal, se lesionaría el principio del *non bis in ídem*. En ese sentido, si se constatan lesiones leves, graves o gravísimas, debe ventilarse el caso y resolverse en sede penal. De ser lesiones levísimas, los juzgados de tránsito pueden conocer, sin existir problema de competencia.

3. Que cierto tipo de lesiones son consideradas materia de delitos menores o contravenciones según el Código Penal. Estas infracciones pueden ser conocidas por los juzgados de

tránsito o bien, pueden ser ventiladas en sede penal, según el artículo 46 del Código Procesal Penal.

4. Que para verificar la calificación de determinada lesión, el Código Penal recurre a la cuantificación de los días de incapacidad, que se realiza por peritaje medicolegal. De no existir este peritaje, debe prescindirse de esta prueba y proceder con la investigación.

5. Que el segundo punto trata de una situación de carácter general.

6. Que la cuestión planteada en el segundo punto de la consulta, se trata de un asunto de evacuación de prueba, de competencia y de agotamiento de las instancias judiciales.

7. Que según establece el artículo 62 del Código Procesal Penal, corresponde al Ministerio Público, practicar "las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho punitivo". En ese sentido, el Ministerio Público deberá hacer lo pertinente para determinar si existió el hecho delictivo y establecer su competencia.

8. Que al Ministerio Público corresponde la función de investigar y de atender los hechos donde presumiblemente se ha cometido delito. El artículo 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, dispone entre otras, que "tiene la función de requerir ante los tribunales penales la aplicación de la ley, mediante el ejercicio de la acción penal y la realización de la investigación preparatoria en los delitos de acción pública". En virtud de ello, deberá decidir si procede tramitar un caso determinado o enviarlo a los tribunales de tránsito.

9. Que en relación con el examen por parte del Departamento de Medicina Legal del Organismo de Investigación Judicial, el artículo 168 de la Ley de Tránsito establece que la persona que haya sufrido lesiones en un accidente debe someterse a esa prueba, pero si ésta se rehúsa, entonces la alcaldía prescindirá de esa prueba.

10. Que la norma aplicable en este asunto es clara en que en principio, la prueba debe evacuarse, sin embargo, ante la negativa de la persona, debe prescindirse de ella y continuar con la investigación. Es en esta particular circunstancia, en donde el Ministerio Público deberá considerar las otras pruebas recabadas, para determinar si corresponde trasladar el caso determinado a los tribunales de tránsito.

11. Que en relación con la cuestión planteada en la consulta, el Juzgado de Tránsito es competente y debe pronunciarse sobre el asunto cuando éste le es enviado por el Ministerio Público y así agotar la instancia procesal correspondiente.

12. Que en vista de los plazos perentorios previstos en la sección II del Capítulo I de la Ley de Tránsito, el asunto debe tramitarse en el Juzgado de Tránsito, cumpliendo así con la vía procesal correspondiente.

13. Que en los casos donde se esté ante la presencia de un delito producto de un accidente, opera la excepción del artículo 147 de la Ley de Tránsito y procede el conocimiento de la causa por las autoridades penales correspondientes. En este caso, los Juzgados de Tránsito no son competentes.

14. Que de la interpretación de los artículos 147 y 168 de la Ley de Tránsito se entiende que es en los casos en que se cuente con prueba que sustente la presunta comisión de un tipo penal, que se aplica la excepción señalada.

15. Que sólo en el caso en que según los lineamientos del artículo 168 de la Ley de Tránsito, es decir, agotada la prueba del examen médico o habiendo prescindido de ella, existan elementos que presuman la comisión de un delito, los Juzgados de Tránsito no son competentes.

16. Que si la excepción de competencia de los Tribunales de Tránsito, contemplada en el artículo 147 de la Ley de Tránsito, opera "ante la presencia de un delito", *a contrario sensu*, al no tener certeza de dicha situación, no opera la excepción y los Tribunales de Tránsito siguen siendo competentes.

POR TANTO:

1. En relación con el primer punto planteado, la Escuela Judicial no puede evacuar la consulta

debido a que se refiere a un asunto específico y que además se encuentra aún activo. Sin embargo, y en relación con la cuestión general que plantea la pregunta, vale decir que si una persona resulta absuelta ante un juzgado de tránsito y por los mismos hechos es juzgada en sede penal, se lesionaría el principio del *non bis in ídem.*

2. En relación con el segundo planteamiento de la consulta, en virtud de los razonamientos antes expuestos y tomando en consideración el peligro de que las causas prescriban en la sede de tránsito, el Ministerio Público sí puede solicitar la remisión del expediente a los Juzgados de Tránsito, sin tener certeza de su incompetencia.

3. Salvo que se aplique la excepción de competencia de los Tribunales de Tránsito, contemplada en el artículo 147 de la Ley de Tránsito, que opera "ante la presencia de un delito", *a contrario sensu,* al no tener certeza de dicha situación, no opera la excepción y los Tribunales de Tránsito siguen siendo competentes."

Previa deliberación, SE ACUERDA: Aprobar el informe presentado por la Licda. Gloriana López Fuscaldo, Abogada Asistente a.í. de la Escuela Judicial y hacerlo del conocimiento de la Licda. Damaris Acuña Fernández, Jueza de Tránsito del Segundo Circuito Judicial de la Zona Atlántica y del Consejo Superior para lo que corresponda."

* * *

SESIÓN N° 04-00

CONSEJO DIRECTIVO DE LA ESCUELA JUDICIAL,
a las ocho horas, quince minutos del dos de marzo de dos mil.

INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 148 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL. HORA JUDICIAL PARA LLEVAR A CABO ACTUACIONES JUDICIALES

"ARTÍCULO VI

El **Lic. Otto González Vílchez**, Abogado Asistente de la Escuela Judicial, en oficio UJ-045-2000 del 18 de febrero del año en curso dice:

"Le remito la respuesta a la consulta interpuesta por el Juez Quinto Civil de Menor Cuantía de San José, Lic. Yuri López Casal, a efecto de ser sometida al Consejo Directivo de la Escuela Judicial.

ANTECEDENTES DE LA CONSULTA

I- En nota enviada al Tribunal de la Inspección Judicial, con fecha del 21 de enero del presente año, solicita el Lic. Yuri López Casal, Juez Quinto de Menor Cuantía de San José, que se le evacue la consulta sobre el contenido del artículo 148 del Código Procesal Civil, reformado por Ley número 7725 del 13 de enero de 1998. Este artículo se refiere a la hora judicial para la práctica de actuaciones judiciales.

II- En oficio número 522, el Prosecretario a.í. del Tribunal de la Inspección Judicial, remite la nota del Lic. López Casal a la Dirección de la Escuela Judicial a efecto de que se resuelva la consulta planteada por dicho funcionario judicial.

III- Se procede a resolver la presente consulta de conformidad con el artículo 6 inciso b) de la Ley número 6593, Ley de Creación de la Escuela Judicial. Se advierte al consultante que el presente análisis no tiene carácter vinculante.

RESOLUCIÓN DE CONSULTA

I- El Lic. Yuri López Casal, consulta con respecto al contenido jurídico del artículo 148 del Código Procesal Civil que fue reformado por la Ley número 7725 del 13 de enero de 1998, el cual indica:

"Artículo 148.- Hora judicial. Cuando se señale una hora precisa para practicar diligencias o actuación judicial, se entenderá que estas pueden comenzar válidamente hasta quince minutos después de la hora fijada, según el reloj del despacho. Podrán practicarse aún más tarde si existiere conformidad expresa de todas las partes del proceso o asunto a entera discreción del despacho, siempre que no se ocasionen trastornos en la oficina judicial. El lapso de quince minutos de atraso, permitido para iniciar cualquier diligencia o actuación judicial, se concederá solo por vía de excepción. La demora siempre deberá quedar justificada por el funcionario judicial respectivo, bajo su entera responsabilidad."

El consultante establece varias situaciones que se pueden presentar al interpretar el citado artículo:

*"1) ¿Es correcto deducir del artículo 148 del Código Procesal Civil que las diligencias señaladas **deben** llevarse a cabo a la **hora exacta** y que sólo por vía de excepción y a entera discreción del despacho, podrían practicarse quince minutos después?"*

*"2) Si una parte (en los casos de confesión o declaración de parte) o testigo llegara **aunque sea un minuto después de la hora exacta***

señalada para llevar a cabo la prueba y pidiera que se lleve a cabo y el juez, con base en el artículo 148 del Código Procesal Civil, decidiera que la prueba no se efectúe por no haberse presentado a la hora exacta, ¿estaría correcta dicha decisión del juez?"

"3) Si una parte (en los casos de confesión o declaración de parte) o testigo llegara durante la celebración de la diligencia probatoria, o sea, después de la hora exacta señalada y el juez, con base en el artículo 148 del Código Procesal Civil, decidiera que no va a evacuar el testimonio o la confesional o la declaración de parte del sujeto porque éste llegó tarde, ¿estaría correcta dicha decisión del juez?"

"4) Si una parte o testigo llegara tarde a una diligencia y simplemente justificara su impuntualidad con base en su dicho, es decir, sin prueba alguna, ¿estaría correcto si el juez denegara la recepción de la prueba arguyendo que la concesión de los quince minutos sólo se puede conceder por vía de excepción y a entera discreción del juzgado?

Además, el consultante se cuestiona que si una parte llega a la hora exacta, esta puede *"objetar la admisión de una prueba que se evacuara después de la hora exacta y que eventualmente le pueda beneficiar."*

II- Para contestar a estas situaciones es necesario interpretar el artículo 148 del Código Procesal Civil en el siguiente sentido: 1. Esta norma obliga al juez civil a practicar una diligencia o actuación judicial a la hora exacta. 2. El juez civil tiene una potestad discrecional para practicar diligencias o actuaciones judiciales dentro del lapso de los quince minutos después de la hora señalada. 3. Esta norma faculta al juez civil, con acuerdo de todas las partes, a realizar diligencias o actuaciones judiciales después de los quince minutos de la hora señalada y 4. Esta norma le indica al juez cuáles son los aspectos que debe tomar en cuenta en el momento de decidir si practica o no una actuación judicial después de la hora exacta señalada. A continuación, se fundamenta cada uno de los puntos señalados:

III- **El 148 del Código Procesal Civil obliga al Juez Civil a practicar una diligencia o actuación judicial a la hora exacta en la que fue señalada:** esta interpretación se extrae de la definición de dos aspectos, el primero es el tipo de acto procesal que realiza el juez y el segundo, la distinción entre plazo y término.

El juez realiza dos tipos de actos procesales los cuales son resoluciones o actuaciones: *"las primeras se toman en el seno del despacho y deciden alguna gestión de parte o impulsan el proceso de oficio. Son resoluciones las providencias, los autos, las sentencias y los autos con ese carácte"* [1]. Las segundas, *"no hay decisiones del juez, y muchas de ellas se llevan a cabo fuera de la oficina. Son actuaciones el acta de embargo practicado, de notificación, de recepción de prueba confesional o testimonial, de remate, etc."* [2]

El plazo y el término se distinguen en que *"El primero es un período de tiempo dentro del cual se puede llevar a cabo un determinado acto procesal, lo que implica que el acto se puede realizar válidamente desde el primer día hasta el último. Por ejemplo, los treinta días para contestar una demanda ordinaria es un plazo, ello por cuanto el demandado puede contestar en cualquier momento siempre que lo haga dentro de ese período de tiempo concedido. Por el contrario, el término contiene una idea final y si bien puede decirse que también es un período de tiempo, lo que ocurre es que el acto procesal necesariamente debe hacerse a la hora y fecha señalada (final del período), sin que exista discrecionalidad para llevarse a cabo antes. Cuando el juez señala hora y fecha para la recepción de una prueba o para celebrar un remate, se habla de término".* [3]

Precisamente, el artículo 148 del Código Procesal Civil hace referencia a estos dos aspectos que tienen íntima relación, debido a

---

[1] *Parajeles Vindas Gerardo, Curso de Derecho Procesal Civil con Jurisprudencia, Volumen I, Investigaciones Jurídicas S.A., setiembre 1998, pág. 82.*

[2] *Parajeles Vindas Gerardo. Curso de Derecho Procesal Civil, ob. cit., pág. 82.*

[3] *Parajeles Vindas Gerardo, Curso de Derecho Procesal Civil, ob. cit., pág. 86.*

que normalmente las actuaciones judiciales, como las audiencias para recibir la prueba testimonial, confesional o la declaración de parte, deben realizarse dentro de un término, el cual es un período preciso y exacto de tiempo en el que se debe llevar a cabo el acto procesal, es decir la hora y el día que se señalan para realizar una determinada actuación debe hacerse a la hora exacta señalada con anterioridad por el órgano jurisdiccional. El artículo en comentario, se debe interpretar en el sentido de que las partes deben asistir a la hora exacta señalada y es obligación del juez realizar la actuación judicial en ese momento, esta debe ser la regla general que establece dicha norma.

Para fundamentar este punto de manera más precisa, el Lic. Gerardo Parajeles Vindas, interpreta el artículo 148 del Código Procesal Civil en el siguiente sentido: *"Para llevar a cabo una determinada actuación, el juez debe celebrarla a la hora y fecha señalada, para lo cual las partes interesadas deben estar presentes en el despacho con la suficiente antelación. Hay actos procesales del juez que no requieren de la presencia de las partes, como ocurre en un remate, lo que significa que el juzgador no debe esperar para celebrar la subasta. La situación es un poco distinta cuando para la actuación es indispensable la participación del confesante o de un testigo. En tales casos, el artículo 148 del Código Procesal Civil prevé la posibilidad de iniciar válidamente la recepción de prueba quince minutos después de la hora señalada, pero a entera discrecionalidad del juez porque el otorgamiento es por vía de excepción. Se trata de agilizar el proceso, y las partes deben velar por estar presentes con exactitud a la hora señalada por el juez. Incluso, la norma condiciona los quince minutos atendiendo al reloj del despacho excluyendo cualquier discusión con la hora de otros relojes no oficiales".*[4]

IV- **El artículo 148 del Código Procesal Civil le otorga al Juez Civil una potestad discrecional de poder practicar diligencias o actuaciones judiciales dentro del lapso de los quince minutos después de la hora señalada:** como se explicó en el apartado anterior, la regla general es que el juez practique la actuación judicial a la hora exacta señalada, pero este artículo permite que el juez realice la actuación judicial dentro del lapso de 15 minutos después de la hora exacta, en este aspecto este funcionario judicial tiene una potestad discrecional otorgada por ley, de poder admitir la práctica de la diligencia o negarla. Recordemos que la discrecionalidad *"surge cuando el Ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar en un supuesto dado lo que sea de interés público"*,[5] es decir el juez debe "apreciar" cada caso concreto para decidir si lleva a cabo o no una diligencia dentro del lapso de los 15 minutos. La discrecionalidad del juez no significa arbitrariedad. El juez debe examinar las circunstancias de cada caso concreto, con el fin de decidir si hay razones atendibles parar aceptar la sustanciación de la diligencia procesal en un momento posterior al de la hora señalada por el despacho.

No debe olvidarse que la función primordial de la administración de la justicia es brindar una respuesta al conflicto social planteado a los estrados judiciales. Dicha respuesta puede verse impedida o imposibilitada cuando las formas sustituyen la esencia misma de la función constitucional del Poder Judicial, en razón de ello es que resulta conveniente que el juez considere aspectos tales como impedimentos o atrasos ocasionados por la vida de convivencia que todos los ciudadanos comparten y que pueden bien explicar una tardanza para cumplir una cita ante los juzgados. No se trata de introducir desorden en el despacho o impuntualidad en la agenda del juez, se trata de examinar en cada caso si son atendibles las razones por las cuales una de las partes o las dos han incumplido con la hora señalada. Si las razones resultan acomodadas a la lógica actual de la vida de convivencia, no habría por qué denegar el acceso a la sustanciación de los actos procesales en razón de la hora, como en el caso en examen, donde dos minutos de atraso significaron un impedimento absoluto al acceso a dicho acto

[4] *Parajeles Vindas Gerardo, Curso de Derecho Procesal Civil, ob. cit., págs. 90 y 91.*

[5] *García De Enterría Eduardo y Fernández Tomás-Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1975, pág. 268.*

procesal, donde no se tomó en cuenta, ni siquiera las circunstancias en que dicho nimio retraso se produjo.

Es necesario aclarar al consultante que cuando el juez ejerce esta potestad discrecional, que se manifiesta en admitir o no la práctica de una actuación judicial, a alguna de las partes, por no llegar a la hora exacta, no se estaría violentando los derechos constitucionales de defensa e igualdad dentro del proceso judicial, debido a lo expresado por la Sala Constitucional, en el voto 0455-96 de las dieciséis horas doce minutos del veinticuatro de enero de mil novecientos noventa y seis, que dice:

"Redacta la Magistrada Calzada Miranda; y, CONSIDERANDO: I.- En este caso los recurrentes impugnan la actitud de la Alcaldesa de Garabito de no dejarlos entrar a una audiencia de conciliación y recepción de pruebas dentro de un proceso ordinario laboral, en el cual son codemandados, por haber llegado dos minutos tarde. No obstante, si bien es cierto que el artículo 148 del Código Procesal Civil en cuanto a la hora judicial señala que: "cuando esté señalada una hora precisa para practicar alguna diligencia judicial, se entenderá que ésta puede comenzarse válidamente hasta un cuarto de hora más tarde, según el reloj del despacho. Podrá practicarse aún más tarde, si en ello estuvieren conformes las partes y no hubiere inconveniente en la oficina", lo planteado en este caso tiene remedios en la vía laboral, pues deben tomarse en cuenta dos cosas: primero que la conciliación en el proceso ordinario solo se hace una vez, no obstante, según lo indica el artículo 468 párrafo segundo del Código de Trabajo, "en caso de que alguna de las partes no concurriere a la primera comparecencia, el juez deberá intentar la conciliación en cualquiera otra en que ambos litigantes estuvieren presentes", de manera que podrían los recurrentes plantear la posibilidad al juez de realizar una nueva conciliación, que si lo considera pertinente podrá llevarla a cabo.

II.- Por otra parte, en cuanto a la recepción de pruebas que estaba fijada para esa hora y fecha, es obvio que los accionantes pueden ejercer los recursos ordinarios que disponen los artículos 492 y siguientes del mismo cuerpo legal, a fin de que la Alcaldesa recurrida resuelva lo que en derecho corresponda.

III.- Por último, en cuanto a lo actuado por la Alcaldesa en el caso concreto, no corresponde a esta Sala determinar si su actuación fue o no correcta, pues la Ley Orgánica del Poder Judicial determina claramente que corresponde al Tribunal de la Inspección Judicial recibir las quejas que se presenten contra los servidores judiciales, en el ejercicio de sus funciones, de manera que si a juicio de los recurrentes lo actuado por la Alcaldesa es arbitrario, deberán, si lo consideran pertinente, plantear la queja ante el órgano competente, para que lleve a cabo una investigación y resuelva lo que en derecho corresponda. En razón de lo expuesto procede rechazar de plano el recurso".[6]

Lo que se puede extraer de la lectura de la citada resolución, es que las partes tienen varios medios para mostrar su disconformidad con el juez cuando este se niega a practicar determinada diligencia motivado porque las partes llegaran tarde. En materia civil pueden pedir un recurso de revocatoria y tal y como lo dice el citado fallo, pueden presentar su queja ante el Tribunal de la Inspección Judicial para que este órgano determine si lo realizado por el funcionario judicial fue correcto o incorrecto. En conclusión, cuando el juez utiliza la discrecionalidad otorgada por ley y no admite practicar la diligencia por el retraso de la parte no se violentan derechos constitucionales.

V- **El artículo 148 del Código Procesal Civil faculta al juez civil, con acuerdo de todas las partes, a realizar diligencias o actuaciones judiciales después de los quince minutos de la hora señalada:** en el apartado anterior se explicó que el juez civil tiene una potestad discrecional de practicar o no una determinada actuación judicial, si las partes llegan tarde, dentro del lapso de quince minutos después de la hora señalada, pero también el 148 del C.P.C. permite al juez comenzar una diligencia después

[6] *Voto 0455-96, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.*

de transcurridos 15 minutos de la hora exacta señalada. En este último supuesto, el juez tiene un margen de discrecionalidad menor que el del indicado en el apartado anterior.

Precisamente, el juez, en este segundo supuesto, sólo puede llevar a cabo la diligencia si todas las partes involucradas están de acuerdo, en sentido contrario, si han transcurrido más de 15 minutos desde la hora señalada y el juez desea llevar a cabo la diligencia debe contar con la conformidad de todas las partes, si no es así la actuación judicial no podría efectuarse.

VI- **El artículo 148 del Código Procesal Civil le indica al juez cuáles son los aspectos que debe tomar en cuenta en el momento de decidir si practica o no una actuación judicial después de la hora exacta señalada:** como se dijo en los apartados anteriores, el juez tiene un margen de discrecionalidad para admitir o rechazar la práctica de una actuación judicial fuera de la hora señalada, precisamente el artículo 148 C.P.C. establece los parámetros que debe considerar:

1. **El atraso sólo se concede por vía de excepción:** esto significa que debe existir una causa excepcional que justifique el retraso de alguna o ambas partes y que a criterio del juez sea suficiente para practicar la diligencia después de la hora exacta. Es criterio del suscrito que las partes deben presentar una justificación razonable, sea en forma escrita o verbal al juez, para que este decida si se lleva a cabo o no la diligencia. Hay que apreciar cada caso en concreto para poder tomar una decisión adecuada.

2. **El atraso no debe provocar trastornos en el servicio que presta el órgano jurisdiccional:** lo anterior significa que el juez debe considerar si practica la actuación judicial con un retraso, siempre que esto no afecte el servicio que presta el despacho. Esto se puede dar, por ejemplo, cuando el juez tiene varias diligencias que realizar de manera consecutiva, si una de estas se atrasa puede afectar al resto, por lo que se provocaría un trastorno en el servicio que presta el despacho.

3. **La causa del retraso debe consignarla el juez en el momento de realizar la diligencia:** si el juez decide llevar a cabo la actuación después de la hora señalada, tiene la obligación de justificar las razones del retraso. Es recomendable que los jueces cuando practiquen actuaciones judiciales después de la hora exacta, lo consignen en el acta judicial respectiva.

4. **Responsabilidad del juez en caso de no consignar la causa del retraso:** por último, es importante resaltar que el juez es responsable directamente de realizar una actuación judicial después de la hora señalada. Por esta razón es conveniente que el juez siempre consigne las razones por las que el acto se lleva a cabo con un retraso, debido a que puede incurrir el funcionario judicial en una falta grave de conformidad con el Régimen Disciplinario de la Ley Orgánica del Poder Judicial que dispone: *"Artículo 192. Se consideran faltas graves: 8.- El retraso injustificado en el Despacho de los asuntos, o en su resolución cuando no constituya falta más grave".*[7]

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Con base en lo expuesto en los apartados anteriores, se pueden extraer las siguientes conclusiones y recomendaciones:

1. El juez debe comenzar la actuación o diligencia judicial a la hora y fecha exacta que se ha señalado previamente.

2. Dentro del lapso de 15 minutos después de la hora exacta señalada, el juez tiene discrecionalidad para llevar a cabo o no la actuación o diligencia judicial, pero esta discrecionalidad no se debe entender como una

[7] *Ley Orgánica del Poder Judicial y sus reformas, 1998, pág. 105.*

autorización para que el juez pueda actuar de forma arbitraria, ya que dicho funcionario debe considerar cada caso en particular, y siempre tomando como parámetro el interés de las partes por resolver el conflicto, a fin de decidir si se realiza el acto procesal impedido por la tardanza de las partes.

3. Después de los 15 minutos de la hora exacta señalada, el juez tiene una discrecionalidad relativa para decidir si lleva a cabo o no la diligencia o actuación judicial, debido a que debe tener la anuencia de todas las partes del proceso o asunto.

4. Todo atraso en la realización de una diligencia o actuación judicial debe ser excepcional.

5. Las partes deben brindar una justificación razonable al juez que motive la falta de puntualidad al asistir a la diligencia.

6. El juez debe considerar cada caso concreto para decidir si la justificación del retraso dada por alguna de las partes, es suficiente para comenzar la actuación judicial con un retraso.

7. Si el juez se niega a llevar a cabo una diligencia o actuación judicial después de la hora exacta señalada, a una o ambas partes, su negativa no viola los derechos constitucionales de defensa e igualdad dentro del proceso, debido a que las partes tienen los medios legales para impugnar y controlar la decisión tomada por este funcionario.

8. El juez que realice una diligencia o actuación judicial después de la hora exacta señalada, debe considerar al tomar la decisión, que no se provoque un atraso en el servicio público que se brinda en el despacho.

9. Se recomienda a los jueces consignar en el acta, donde consta la realización de la diligencia o actuación judicial, el motivo por el cual se lleva a cabo esta actividad después de la hora exacta señalada.

10. El juez es responsable por los atrasos injustificados en que incurra en la realización de diligencias o actuaciones judiciales, de conformidad con el Régimen Disciplinario establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

    Por último, es recomendable que los jueces cambien la costumbre de dar los quince minutos a las partes como si esto fuera la regla general, cuando la regla es que toda actividad judicial, como lo es la recepción de pruebas, debe hacerse a la hora exacta señalada previamente.

    Los jueces deben llevar a la práctica los principios de celeridad y economía procesal, por lo que no pueden permitir el atraso injustificado en la realización de actuaciones y diligencias judiciales, es obligación de estos funcionarios velar porque los procesos a su cargo se lleven a cabo lo más rápido posible y así evitar atrasos que perjudican a las mismas partes que desean una solución de sus conflictos y al Poder Judicial en su obligación constitucional de brindar justicia pronta y cumplida."

Previa deliberación, SE ACUERDA: Aprobar el informe presentado por el Lic. Otto González Vílchez y hacerlo del conocimiento del Lic. Yuri López Casal, Juez Quinto Civil de Menor Cuantía de San José y del Consejo Superior para lo que corresponda."

* * *

SESIÓN N° 05-00

CONSEJO DIRECTIVO DE LA ESCUELA JUDICIAL,
a las ocho horas quince minutos del dieciséis de marzo de dos mil.

EFECTOS DE LA NULIDAD DE LA SENTENCIA O DEL ACTA DE DEBATE. PRESCRIPCIÓN EN MATERIA PENAL

"ARTÍCULO VI

La **Licda. Elieth Vargas Ulate**, Abogada Asistente de la Escuela Judicial, en oficio UJ-032-00 del 24 de enero del año en curso dice:

"Con relación a consulta formulada por la Licda. Marta E. Ramírez, Jueza Contravencional de Turrubares, respecto a *si en materia de Tránsito, el hecho de que se anule una sentencia, o un acta de debate, "deja sin efecto el señalamiento al debate, y por consiguiente sin efecto la interrupción de la Prescripción que dicho señalamiento operó?"*, detallo de seguido el estudio realizado al respecto.

Inicialmente la consulta formulada por la Licda. Ramírez, debe dividirse en dos cuestionamientos:

1. ***Si la nulidad de la sentencia deja sin efecto el señalamiento al debate.***
2. ***Si la nulidad de un acta de debate tiene el mismo efecto.***

Respecto del ***primero*** de los cuestionamientos, debe indicarse que el asunto es casuístico y dependerá de si los vicios que se acusan se refieren concretamente a la sentencia o bien a actos previos a ésta.

En torno a la ***segunda interrogante***, debe aclararse que la anulación del acta de debate, no implica necesariamente la ineficacia del acto que se trataba de documentar con ella, o de los anteriores, criterio que ha sido sostenido por la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia,[8] por lo que en este punto el asunto también es casuístico y dependerá de los vicios que se acusen al impugnar dicha acta.

Con el objetivo de tener una mayor claridad sobre el tema consultado, resulta necesario revisar la doctrina jurisprudencial que ha desarrollado la Sala Penal sobre las nulidades.

PRINCIPIOS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE NULIDAD

Debe recordarse que la Sala Tercera Penal en voto N°137-F del 24 de abril de 1992, señaló con relación a la actividad procesal defectuosa, que la existencia de un vicio en el procedimiento, aunque configure una nulidad absoluta, no justifica, forzosamente, la anulación del acto viciado, salvo que su repetición le brinde alguna ventaja procesal a quien lo alega o favorezca directamente la vigencia efectiva de las garantías constitucionales del proceso. **En estos casos el interés debe circunscribirse al acto viciado.** No interesa, de ningún modo, el interés específico que pueda tener quien alega la nulidad, en que se repitan todos los actos que le son adversos. **La utilidad de la nulidad debe evaluarse en función de la invalidez específica del acto cuestionado y no de los otros actos que por el efecto indirecto puedan resultar anulados.** (El destacado no es del original).

Como lo señala el Dr. Fernando Cruz, en una investigación realizada sobre el tema de *la*

[8] *Voto 158-F-94 de la Sala Tercera.*

nulidad, reiteradamente jurisprudencia de la Sala de Casación penal ha transformado significativamente la función de la nulidad, al establecer que LA NULIDAD PROCESAL SOLO SE DECRETA CUANDO EL VICIO EN QUE SE INCURRE CAUSE INDEFENSIÓN O NO PUEDA SER SUBSANABLE. No es importante realmente el origen del vicio procesal, sea este absoluto o relativo, sino que interesa más evaluar sus efectos reales en el proceso. El Juez al decidir la exclusión de un acto o etapa procesal, no debe analizar los vicios en su origen, sino en sus efectos, determinando si tales yerros en el procedimiento han producido irreparable indefensión o no puedan ser subsanables. Este concepto se complementa con el siguiente principio: LA NULIDAD POR LA NULIDAD MISMA NO ES DE ACEPTACIÓN ACTUALMENTE, PUES SE ADMITE LA DOCTRINA SEGÚN LA CUAL, NO ES NECESARIA LA NULIDAD, AUNQUE SEA ABSOLUTA, SI SU DECLARATORIA NO TUTELA NINGÚN INTERÉS PROCESAL. No interesa tanto si los vicios son absolutos o relativos, lo decisivo es que la exclusión del acto cumpla un interés procesal, cuyo contenido lo define el principio del DEBIDO PROCESO.[9]

Tomando como punto de partida estos principios jurisprudenciales en torno a la actividad procesal defectuosa, debe centrarse la atención en la ***extensión de los efectos de la declaratoria de nulidad de una sentencia de tránsito, o bien de un acta de debate levantada en esta materia.***

EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD

Sobre este tema, el tratadista Carlos Creus[10] apunta que "la invalidez del acto declarado nulo puede extenderse a otros actos que son típicamente perfectos. Esa extensión se produce en algunos casos ope legis y en otros mediante una expresa declaración del órgano jurisdiccional que ha declarado la nulidad del acto imperfecto. La primera de esas circunstancias sucede cuando el acto nulificado es presupuesto de otros que lo suceden en el proceso. Pero puede tratarse de un presupuesto procesal o de un presupuesto material; aquella naturaleza se entiende sin dificultad, sea como aplicación del principio de congruencia,...sea en razón de que el acto anulado opera como requisito *sine qua non* de la realización de otro subsiguiente...".

Indica el mismo autor que en otros supuestos la misma ley requiere una expresa declaración jurisdiccional sobre la extensión de los efectos de la nulidad: cuando éstos, por razones de conexidad, **vienen a producirse sobre actos anteriores al anulado o concomitantes con él**. Se trata de actos que, pese a ser anteriores o concomitantes en la secuencia procedimental respecto del defectuoso, se concretan procesalmente a través de la realización de éste. De tal suerte, la relación de conexidad entre el acto anulado y los actos anteriores o concomitantes con él, a los que se extienden los efectos nulificatorios, ha sido descrita para estos últimos como la que se manifiesta en **una integridad conceptual**, en la que se unifica indisolublemente el destino de los plurales actos, a manera de ejemplo la nulidad del debate a raíz de la nulidad de la sentencia dictada con base en el mismo, por lo que aquél tiene que repetirse ante el tribunal de reenvío.

En estos casos, indica el autor de cita, aunque la nulidad del acto posterior o concomitante no sea de las declarables de oficio y aunque no medie petición de la parte sobre el efecto extensivo, el juez tiene el deber de pronunciarse expresamente sobre dicho efecto. En caso de no darse tal pronunciamiento expreso, los actos anteriores o concomitantes seguirán produciendo sus efectos precarios y las *nulidades por extensión* quedarán subsanadas en los mismos términos y con los mismos remedios con que hubiese quedado subsanada la nulidad declarada sobre el acto defectuoso.

Partiendo de esta posición doctrinal, podría concluirse que si se anula el debate esta nulidad alcanzaría por relación de conexidad el señalamiento a debate.

---

[9] *CRUZ CASTRO, FERNANDO. La nulidad por la nulidad, la justicia pronta y cumplida y la vigencia del formalismo procesal. San José, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, ESCUELA JUDICIAL, 1994, págs. 20, 21 y 50.*

[10] *CREUS, CARLOS. Invalidez de los actos procesales penales. Buenos Aires, Editorial ASTREA, 1995.*

El acto nulo o inadmisible al ser declarado inválido en el proceso se torna ineficaz para él, por tal razón si el señalamiento al debate es nulo no podría tener el efecto procesal de **interrumpir la prescripción de la acción penal**, pero si tal nulidad no se declarara expresamente el acto persistirá y producirá los efectos que le son propios.

INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Dado que la consulta planteada hace referencia a los actos que interrumpen la prescripción de la acción penal, es menester referirse a este tema.

Inicialmente debe recordarse que *prescripción de la acción penal es la cesación de la potestad punitiva del estado provocada al discurrir de un período de tiempo fijado por la ley.* Ahora bien, dicho período puede ser interrumpido por diferentes causas y los efectos de esta interrupción son los de cancelar el tiempo ya transcurrido, hacerlo caducar, de modo que, después de la aparición de la causa interruptiva, empieza a correr un nuevo término de prescripción.

En el Derecho Penal costarricense la interrupción de la prescripción de la acción penal se encuentra regulada en el artículo 83 del Código Penal, que en lo que interesa dice: *"el enjuiciamiento en firme interrumpe la prescripción, lo mismo que la comisión de un nuevo delito; en estos casos, la prescripción comenzará a correr nuevamente desde el día de la interrupción".* Durante la vigencia de este artículo prácticamente la acción penal era imprescriptible dado que jurisprudencialmente se interpretaba que cualquier resolución que se dictara en el proceso alcanzaba el vigor suficiente para interrumpir la prescripción de la acción penal. Por Ley Nº 7728 del 15 de diciembre de 1997, este artículo fue derogado excepto para los asuntos que deban seguir tramitándose conforme al Código de Procedimientos Penales de 1973.

El nuevo Código Procesal Penal viene a limitar la naturaleza de los actos procesales capaces de interrumpir la prescripción, reservándolos solamente para ciertos actos procesales, así el artículo 33 establece: *"Interrupción de los plazos de prescripción. Iniciado el procedimiento, los plazos establecidos en el artículo trasanterior se reducirán a la mitad y volverán a correr de nuevo a partir de los siguientes momentos: a) La primera imputación formal de los hechos al encausado, en los delitos de acción pública; b) La presentación de la querella, en los delitos de acción privada; c) Cuando la realización del debate se suspenda por causas atribuibles a la defensa, con el propósito de obstaculizar el normal desarrollo de aquél, según declaración que efectuará el tribunal en resolución fundada; d) El dictado de la sentencia, aunque no se encuentre firme."*

De lo anterior se concluye que de acuerdo con la nueva normativa procesal penal el señalamiento a juicio no se encuentra dentro de los actos procesales con fuerza para interrumpir la prescripción.

RESPECTO DE LA JURISDICCIÓN DE TRÁNSITO

Conforme lo establece el artículo 93 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, corresponde a los juzgados penales conocer en segunda instancia las apelaciones a las sentencias dictadas en la jurisdicción de tránsito, y en tal sentido la normativa procesal penal se aplicará supletoriamente a esta materia.

No obstante lo anterior, no debe olvidarse que la materia de tránsito por su especialidad responde a principios y fines diferentes a los seguidos para delitos conocidos en la competencia de los tribunales penales, de tal forma que por el tipo de asuntos que regula (todo lo referente a la circulación de los vehículos, las personas y los semovientes, así como todo lo relativo a la seguridad vial) se exige la mayor celeridad y simplificación en los procesos de tránsito a efectos de no entrabar el giro normal de una actividad de primera necesidad en el país y de no congestionar la administración de justicia en esta área. Lo anterior por supuesto sin ir en detrimento de la calidad que debe caracterizar a todo proceso y resolución judicial."

Previa deliberación, SE ACUERDA: Aprobar el informe rendido por la Licda. Elieth Vargas Ulate y hacerlo del conocimiento de la Licda. Marta E. Ramírez, Juez Contravencional de Turrubares y del Consejo Superior para lo que corresponda."

SESIÓN N° 05-00

CONSEJO DIRECTIVO DE LA ESCUELA JUDICIAL,
a las ocho horas, quince minutos del dieciséis de marzo de dos mil.

ANÁLISIS DE LA POSIBILIDAD DE REALIZAR ALLANAMIENTOS EN MATERIA CONTRAVENCIONAL

"ARTÍCULO XI

La **Licda. Alejandra Monge Arias**, Abogada Asistente a.i. de la Escuela Judicial, en oficio UJ-075-2000 del 14 de marzo del año en curso dice:

"Mediante nota con fecha cinco de enero del año en curso, la Licda. Marta E. Ramírez, Jueza Contravencional de Turrubares consulta a la Escuela Judicial que si es posible realizar allanamientos en materia contravencional, según el artículo 183 (sic) del Código Procesal Penal, ya que en el código anterior los allanamientos estaban limitados a los delitos únicamente, pero el Código actual no especifica si son aplicables en delitos o contravenciones.

Agrega la Licda. Ramírez que algunos fiscales opinan que se puede allanar en contravenciones, pero algunos jueces contravencionales creen que no están autorizados para allanar, en caso de que algo como una bicicleta o batería de carro hurtada, se encuentren en determinado local o casa de habitación y les dicen que la recuperen.

Señala además que, un juez penal opinó que se podía allanar como medida cautelar, pero allanar no está contemplado entre las medidas cautelares.

Para que por su medio sea sometido a conocimiento del Consejo Directivo de la Escuela Judicial este informe, se resuelva la consulta con fundamento en las siguientes consideraciones:

Primero:

El artículo 23 de la Constitución Política establece que "**El domicilio y todo otro recinto de los habitantes de la República son inviolables. No obstante pueden ser allanados por orden escrita de juez competente, o para impedir la comisión o impunidad de delitos, o evitar daños graves a las personas o a la propiedad, con sujeción a lo que prescribe la ley**".

Nótese que el citado artículo contiene dos presupuestos mediante los cuales, con orden de juez competente se puede realizar un allanamiento: 1) "o para impedir la comisión o impunidad de delitos", 2) "o evitar daños graves a las personas o a la propiedad." Ello siempre y cuando se actúe con sujeción a lo que prescribe la ley.

Segundo:

El artículo 193 del Código Procesal Penal no establece si procede el allanamiento en materia contravencional.

Tercero:

La Sala Constitucional en el Voto 1620-93, resolvió una Acción de Inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 20 de la Ley de Pensiones Alimenticias N° 1620 de 5 de agosto de 1953, por considerarlo el recurrente contrario al artículo 23 de la Constitución Política, que permite el allanamiento en casos muy calificados de delitos, sea, en materia penal.

La acción fue declarada sin lugar argumentándose que ***"(...) es menester aclarar que si bien es cierto el juez que dicta el allanamiento de***

conformidad con el artículo 20 cuestionado, no lo es el Juez de Instrucción, sino el juez que conoce del incumplimiento alimentario, debemos interpretar con claridad que cuando el artículo 23 Constitucional hace referencia a juez competente no define que sea necesariamente un juez de la materia penal, sino el que la ley considera como competente para conocer del caso concreto, de manera que el allanamiento, no solo es posible —como erróneamente lo interpreta el recurrente—, para perseguir un delito o recabar pruebas en relación con éste, sino que la norma constitucional deja abierta al legislador la posibilidad de que, en los casos en que se considere necesario, pueda ordenarse allanamiento en otras ramas del derecho y con mucha más razón si se trata de la protección del derecho de alimentos constitucionalmente tutelado (...)" [11].

Cuarto:

El Consejo Directivo de la Escuela Judicial, conoció y aprobó el estudio realizado para responder una consulta planteada ante la Escuela Judicial y la Comisión de Asuntos Penales, para que se indicara si ante una infracción penal, constitutiva de contravención, el Alcalde puede ordenar un allanamiento o debe solicitarlo al Juez de Instrucción.

En lo que interesa se cita el mencionado informe:

"(...) La Constitución Política, en el artículo 23 permite que excepcionalmente se atente contra la inviolabilidad de domicilio, para: 1- impedir comisión de delitos; 2- daños graves a las personas; 3- daños graves a la propiedad.

El punto que se podría prestar a discusión sería, ¿qué son daños graves, tanto a las personas como a la propiedad?, lo cual tomando en cuenta el fundamento mismo de la falta o contravención, así como el tipo de pena, pareciera que la excluye.

Asimismo, debemos considerar el principio de proporcionalidad respecto del cual la Sala Constitucional ha indicado que "la importancia del bien jurídico afectado, por el hecho investigado, debe ser tomado en consideración al momento de acordar, por la autoridad judicial, la intervención, todo en relación con el bien a afectar".

Dictar un allanamiento para investigar una contravención, con la consecuente afectación a un derecho protegido constitucionalmente como la inviolabilidad de domicilio, atenta contra la citada proporcionalidad.

(...) Por otra parte, es importante tener en cuenta las consecuencias, ya que el allanamiento realizado por una autoridad, sin que exista clara autorización legal, podría acarrear no sólo la nulidad, sino una acusación por allanamiento ilegal o abuso de autoridad.

No obstante, (...) cabe agregar que tampoco el Juez de Instrucción, ante la solicitud de un Alcalde para investigar una infracción constitutiva de falta o contravención, podría ordenar el allanamiento, pues no se trata sólo de un asunto de competencia para efectuar determinado acto, sino de proporcionalidad, como ya se ha apuntado, en relación con el bien jurídico que se pretende tutelar y el que se vería afectado por la intervención.

El problema se trasladaría a un asunto de legalidad o no del allanamiento en materia contravencional" [12].

Quinto:

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en la Resolución 1999-01453, expresó al referirse en uno de sus considerandos al parámetro interpretativo del artículo 2 del Código Procesal Penal, que:

"(...) En otros términos; so pretexto de propiciar la eficacia de las indagaciones, el Estado no puede

---

11 *Voto N°1620-93, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las diez horas del dos de abril de mil novecientos noventa y tres.*

12 *Consejo Directivo de la Escuela Judicial, sesión N° 21-95, artículo XVII. San José, a las doce horas del ocho de agosto de mil novecientos noventa y cinco.*

desconocer —como política generalizada— derechos que previamente ha instaurado en pro del justiciable, salvo cuando proceda al amparo de las excepciones que el mismo legislador haya autorizado. En efecto, esto es lo que sucede en los allanamientos legalmente decretados, los cuales por incidir directamente sobre derechos fundamentales (verbigracia, el ámbito de intimidad de los ocupantes del sitio, derivado del artículo 23 Constitucional), requieren el cumplimiento de una serie de requisitos: En primer lugar, que exista una motivación razonable que justifique —de acuerdo al principio de proporcionalidad— incursionar en aquella esfera de reserva. Por ello, lo normal es que la autoridad jurisdiccional competente (principalmente el Juez de la etapa preparatoria, o bien, el de la etapa intermedia o el mismo Tribunal de Juicio) previamente constaten la necesidad de la diligencia y en caso de estimarla procedente, emitan una orden fundamentada (...)."[13] **(El subrayado no es del original).**

Conclusión:

No se desprende de la redacción del artículo 23 Constitucional, la posibilidad de realizar allanamientos en materia contravencional.

Si bien es cierto el Voto 1620-93 de la Sala Constitucional, establece que el allanamiento no solo es posible para perseguir un delito o recabar pruebas en relación con éste, sino que el artículo deja abierta al legislador la posibilidad de que, se pueda ordenar el allanamiento en otras ramas del derecho; muy acertadamente señala la Sala que "deja abierta la posibilidad al legislador", ***cosa que evidentemente ocurrió con el artículo 20 de la Ley de Pensiones Alimenticias derogada (artículo 26 de la Ley de Pensiones Alimentarias vigente). Mismo supuesto que presenta el inciso c) del artículo 3° de la Ley contra la Violencia Doméstica [14].***

Pero es diferente dejar abierta la posibilidad al legislador, que hacer una interpretación sin sustento legal, para autorizar un acto que no está expresamente permitido.

Por otra parte, la Sala Tercera en la resolución citada supra, tratándose de allanamientos en materia penal señala como autoridad competente, principalmente al juez de la etapa preparatoria, al juez de la etapa intermedia y por último al Tribunal de Juicio. Si bien es cierto no se hace referencia a asuntos en materia contravencional, por no ser esta materia de su competencia, sí vale la pena rescatar la importancia de aspectos que señala tales como, la necesidad de que exista una motivación razonable, de acuerdo con el Principio de Proporcionalidad, que justifique la incursión en el ámbito de intimidad de los sujetos.

Finalmente, debe considerarse la posición asumida por el Consejo Directivo de la Escuela Judicial, mediante la aprobación del estudio que determinó la improcedencia del allanamiento en materia contravencional, atendiendo a la legalidad y proporcionalidad del acto.

En relación con el supuesto esgrimido en la consulta en cuanto a la procedencia o no del allanamiento en relación con el hurto, debe llamarse a una reflexión en atención a la política de persecución criminal, sobre todo tomando en cuenta que el monto para definir éste (que no exceda de la mitad del salario

---

[13] *Exp. 98-200801-0275 PE. Resolución 1999-01453. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las nueve horas del diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y nueve.*

[14] *Ley contra la Violencia Doméstica N°7586 de 25 de marzo de 1996. Artículo 3° Medidas de Protección. "Cuando se trate de situaciones de violencia doméstica, la autoridad competente podrá acordar cualesquiera de las siguientes medidas de protección: (...) c) Ordenar el allanamiento de la morada cuando, por violencia doméstica, se arriesgue gravemente la integridad física, sexual, patrimonial o psicológica de cualquiera de sus habitantes. Esta medida se efectuará conforme a lo dispuesto en el Código de* ***Procedimientos Penales.*** *(El destacado no es del original).*

base), no deja de significar una cantidad de dinero importante para ciertos sectores de la población [15].

Por todo lo anterior se resuelve la consulta planteada por la Licda. Marta E. Ramírez, Jueza Contravencional de Turrubares, en el sentido que no es posible ordenar allanamientos en materia contravencional, excepción hecha de aquéllos que expresamente están autorizados por ley. Ello en atención a los Principios de Legalidad y Proporcionalidad."

Previa deliberación, SE ACUERDA: Aprobar el informe presentado por la Licda. Alejandra Monge Arias y hacerlo del conocimiento de la Licda. Marta E. Ramírez, Jueza Contravencional de Turrubares y del Consejo Superior para lo que corresponda."

---

[15] *Vale la pena citar al Dr. Chirino quien señala: "Otra idea que brota al referirse inmediatamente al concepto de bagatela es el concepto de contravención penal, la cual en razón de su tratamiento doctrinal y legislativo contiene la esencia de lo que suele conocerse como "sin importancia". A esta figura habrá de aplicarse, no sólo todos los principios de la parte general del Código Penal, sino también, ahora los criterios de oportunidad, muy especial el de insignificancia (...) CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo. A propósito del Principio de Oportunidad y del criterio de "insignificancia del hecho", en Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal. Colegio de Abogados de Costa Rica, 2da. edición, 1997, pp. 129-130.*

SESIÓN N° 12-00

CONSEJO DIRECTIVO DE LA ESCUELA JUDICIAL.
San José, a las ocho horas con veinticinco minutos del ocho de agosto de dos mil.

ANULACIÓN DE SENTENCIAS POR PARTE DEL MISMO JUEZ QUE LAS DICTÓ, ENCONTRÁNDOSE FIRMES, CON FUNDAMENTO EN ACUERDO DEL CONSEJO SUPERIOR

ARTÍCULO X

El Lic. José Barletta Valladares, Juez de Tránsito del Primer Circuito Judicial de San José, en oficio del 24 de enero de 2000, plantea la siguiente consulta:

> "... sobre legalidad de una práctica que ha venido llevándose a cabo en diferentes despachos judiciales de este país, en donde amparados en un acuerdo del Consejo Superior del Poder Judicial, varios jueces anulan sus propias sentencias encontrándose las mismas totalmente firmes y para ello cito a manera de ejemplo las siguientes causas provenientes del Juzgado de Tránsito del Segundo Circuito Judicial de San José: 98-3909-174-TC, 98-3347-174-TB, 98-18746-174-TB, 99-5492-174-TB, 99-9759-174-TB, 99-10456-174-TB, 99-2223-174-TB y 99-2799-174-TB. Así es, el asunto empezó cuando en el mes de noviembre de mil novecientos noventa y seis, un alcalde interino que fungía como tal en Cañas, Guanacaste, fue suspendido de sus funciones un mes sin goce de salario, gracias a una resolución del Tribunal de la Inspección Judicial, situación que se debió, entre otras cosas, a que anuló una sentencia que resolvía una contravención, sentencia que él mismo había dictado, lo que ese Tribunal calificó como muy grave. Ahora bien, sobre esa decisión que se tomó en dicho momento, el funcionario afectado apeló la misma ante el Consejo Superior del Poder Judicial, mismo que entre otras cosas indicó lo que ahora transcribimos: "Este Consejo, contrario a lo considerado por el Tribunal de la Inspección Judicial, estima que no puede en forma tajante afirmarse que el juez no puede anular su propia sentencia, ya que es necesario distinguir cuando se anula por cuestiones de fondo o por razones de forma. Es correcto señalar que por razones de fondo no puede un juez anular su propia sentencia, por ejemplo porque varió su criterio, estimó que la pretensión estaba prescrita, y luego cambia de opinión. Ello no es posible; sin embargo tratándose de nulidades de carácter procesal, sí puede el juez anular su propio fallo." (sic) (ver artículo LX de la sesión del Consejo Superior del 24 de febrero de mil novecientos noventa y siete).

Como podemos ver, el problema de las sentencias anuladas en la misma instancia que se dictó, tienen una base que a mi parecer, no se encuentra ajustada a derecho, y decimos lo anterior toda vez que, si se aprecia el Código de Procedimientos Penales vigente a la fecha en que fue dictado el acuerdo antes citado, y el Código Procesal Penal que nos rige hoy día, nos damos cuenta que la posibilidad mencionada por el Consejo es improcedente, y en respaldo de ello podemos observar el artículo 113 del primer cuerpo normativo al cual hicimos mención, y el artículo 148 del nuevo Código Procesal Penal, pues ambos son contestes en señalarnos que las resoluciones judiciales quedarán firmes y serán ejecutables, cuando no sean oportunamente recurridas, agregando además que sobre la sentencia firme, solo procede la revisión (procedimiento que será otra instancia la que lo resuelva y que dicho sea de paso no es procedente en una sentencia de tránsito). Por otra parte, la violación antes señalada no solo se encuentra desprovista de respaldo legal en los cuerpos normativos antes mencionados, sino que además la misma Constitución Política enfoca el punto. En efecto, el párrafo segundo del artículo 42 de la Constitución señala lo siguiente: "Se prohíbe reabrir causas penales fenecidas y juicios fallados con autoridad de cosa juzgada, salvo cuando proceda el recurso de revisión." El asunto así descrito es claro, y se acopla a la posición que hemos venido sosteniendo a lo largo de esta consulta, toda vez que, al anular un juez su propio fallo, la intención

que se tiene con ello (al menos en los casos arriba citados cuando enumeramos algunos ejemplos sobre el asunto), es la de reabrir la causa para que el caso vuelva a ser conocido. Sobre el punto, es poco lo que hay que agregar toda vez que la forma diáfana como fue redactada la norma inmediatamente citada hace evidente la situación, sin embargo, sí me parece importante traer a colación un extracto de una resolución de la Sala Constitucional que toca el punto, y nos dice: "En lo que atañe a la cosa juzgada, comporta la irrevocabilidad del mandato que contiene toda sentencia. Este mandato es inmutable por razones de utilidad política y social, y se da cuando el proceso ha llegado a su conclusión con una preclusión de las impugnaciones contra la sentencia pronunciada, evitándose la posibilidad de que el caso decidido sea nuevamente examinado y juzgado. La cosa juzgada tiene como fundamento constitucional y político el valor de la seguridad jurídica, permitiendo que en determinado momento se dé por solucionado un conflicto, prohibiendo su reproducción en el futuro, para que no implique una perturbación a la paz social, nuestra Constitución Política se refiere a ella en el artículo 42." (Ver Voto N° 6829-93 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

Entonces, con lo expuesto no queda duda sobre la imposibilidad de la anulación de las sentencias firmes en la misma instancia en que fueron dictadas, valiendo la pena indicar que a mi parecer, ocurre una situación similar aun cuando la sentencia no ha adquirido firmeza, toda vez que en dicho caso será la instancia superior a la que fue dictada, la única que podrá anular la sentencia del a quo, siendo además que conocerá el asunto ante la interposición del recurso respectivo (apelación o casación según sea el caso)."

-0-

El Lic. José Manuel Arroyo Gutiérrez, Juez del Tribunal Superior de Casación Penal y miembro del Consejo Directivo de la Escuela Judicial, en oficio de fecha 8 de agosto del año en curso, da contestación a la consulta y dice:

"Anulación de sentencia por parte del mismo juez que las dictó, encontrándose firmes, con fundamento en acuerdo del Consejo Superior.

Replanteamiento:

1. Es totalmente inconveniente que el Consejo Superior del Poder Judicial haga interpretaciones legales e indique a los jueces cuál debe ser el sentido y alcance de una determinada norma. De ahí que no debe resolverse nada con fundamento en esas indicaciones del Consejo Superior.

2. Si bien es cierto la Sala III ha anulado algunos fallos propios, esto ha estado directamente relacionado con la lesión o principios constitucionales que protegen derechos y garantías inalienables tales como el debido proceso y el derecho de defensa.

3. Ciertamente, puede interpretarse que una autoridad judicial en ningún caso y bajo ningún concepto puede anular, por razones de fondo, la propia decisión tomada y sí podría, en ciertos supuestos, anular su decisión por razones de forma, cuando, como lo ha hecho la Sala III, se han puesto en peligro o han sido claramente lesionados derechos fundamentales de la persona.

4. Pero, en los casos que expone el Lic. Barletta, si bien es cierto la competencia es un asunto procesal formal, si el vicio —conocimiento por parte de autoridades en principio no competente— pudo corregirse con recursos ulteriores previstos al efecto y no lo fue, no proceden entonces las anulaciones que se han estado practicando por mera formalidad, dado que no hay expresión de agravios o interés de por medio que justifique tales autoanulaciones.

Por el contrario, lo que se produce en estos casos es un atraso injustificado en la resolución de los asuntos y la eventual generación de inseguridad jurídica para conflictos que ya han sido resueltos y que sin embargo reabren por razones inadmisibles, contrariando el mandato constitucional contenido en el numeral 42, párrafo segundo.

Se está ante supuestos donde debe hacerse valer el principio de tutela legal efectiva, a saber, casos en que no hay lesión de interés legítimo y por tanto, con fundamento en el artículo 46 del Código Procesal Penal, párrafo final, debe entenderse, extensivamente que si bien no hay sentencia originada en debate, que con mucha mayor razón no se puede declinar la competencia en asuntos en los que se ha tomado decisión y esta de encuentra firme."

Previa deliberación, SE ACUERDA: Aprobar la consulta anterior. Comuníquese al Lic. José Barletta Valladares, Juez de Tránsito del I Circuito Judicial de San José.

DIRECTRICES DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE NOTARIADO

DIRECTRICES DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE NOTARIADO 1998-1999

DIRECTRICES 1998

FIRMA DE PROTOCOLOS

Con el objeto de agilizar la entrega de protocolos, se autoriza a los señores Everardo Chaves Ortiz y Alexis Vargas Soto, para suscribir la razón de apertura de los respectivos tomos. Consígnese la presente resolución en el libro de actas que se lleva al efecto. **Licda. Alicia Bogarín Parra, Directora.**

DIRECTRIZ Nº 001-98 **Hora: 10:00 h**
Fecha: 23 de noviembre de 1998

VIGENCIA DE LAS PÓLIZAS DE FIDELIDAD

Tomando en cuenta el transitorio III del Código Notarial, y que a la fecha no está operando el Fondo Notarial, todas las garantías de fidelidad rendidas por los notarios que tengan su vencimiento posterior a la vigencia del Código, deberán mantenerse vigentes en un plazo no mayor al veintidós de noviembre de mil novecientos noventa y nueve. Estas se ajustarán de acuerdo con la disposición indicada, una vez que se defina en forma decisiva la operación del Fondo. **Licda. Alicia Bogarín Parra, Directora.**

DIRECTRIZ Nº 01B-98 **Hora: 10:00 h**
Fecha: 24 de noviembre de 1998

EL SELLO BLANCO

En virtud de que la utilización del sello blanco, lo define el Código Notarial, y no existiendo norma expresa sobre el punto, más que la indicación de la obligatoriedad de su registro, esta Dirección, al amparo de los artículos 24, inciso n), en su necesaria relación con el numeral 73, ambos del Código Notarial, resuelve: Que el sello blanco contendrá los siguientes requisitos: Nombre completo sin abreviatura en los apellidos, número de carné del Colegio de Abogados y profesión. Lo anterior, atendiendo a razones de orden práctico y legal, al tenerse conocimiento de que existen casos en que dos o más notarios públicos llevan exactamente los mismos nombres y apellidos, siendo un factor distintivo, el número de su carné. El listado de los proveedores de esos sellos se encuentra a disposición de los notarios. Tomando en cuenta que existen profesionales que ya utilizan un sello blanco, confeccionado antes de la vigencia del Código, el mismo podrá renovarse con los requisitos establecidos según esta directriz, dentro del plazo que se dirá. Atendiendo a la gran cantidad de notarios públicos activos y con la finalidad de no ocasionarles perjuicios en el ejercicio de su función, se establece que dichos profesionales contarán con un plazo de tres meses, contado después de la publicación de la respectiva circular, para cumplir con la adquisición o modificación de su sello blanco, y con la inscripción de este ante esta Dirección. Publíquese circular en un diario de cobertura nacional, informando de lo aquí resuelto. **Licda. Alicia Bogarín Parra, Directora.**

DIRECTRIZ Nº 0002-98 **Hora: 10:20 h**
Fecha: 24 de noviembre de 1998

EL USO DE LOS TOMOS DE PROTOCOLO POR LOS NOTARIOS CONSULARES

En virtud de que los señores cónsules destacados por el Gobierno de Costa Rica en el servicio exterior, por ministerio de ley están facultados para el ejercicio del notariado, esta Dirección, resuelve emitir los siguientes lineamientos para que sean puestos en conocimiento de los citados diplomáticos:

1.- La Ley 7764 —Código Notarial— regula el ejercicio del notariado por parte de los funcionarios autorizados por el Estado costarricense para esa función, incluidos los notarios consulares, por lo que estima conveniente que realicen un estudio de la citada normativa, a fin de ajustar sus actuaciones a los parámetros legales establecidos.

2.- El protocolo es un instrumento de uso personalísimo por parte del funcionario consular a nombre de quien se extienda el respectivo tomo. Se recomienda que sea el Cónsul General. No es admisible que dentro del citado protocolo, aparezcan autorizando escrituras personas distintas de quien se le autorizó el uso de este.

3.- En caso de existir tomos abiertos de protocolo, en los cuales se hayan venido otorgando instrumentos por diversos cónsules, el actual titular deberá estarse a lo dispuesto en el acápite anterior, e insertar dentro del tomo, la siguiente razón:

"El suscrito, (NOMBRE DEL FUNCIONARIO), en mi calidad de (PUESTO DESEMPEÑADO), hago constar que en el presente tomo de protocolo del Consulado de la República de Costa Rica en (LOCALIDAD), se han venido otorgando diversas escrituras por parte de mis antecesores; y en virtud de la entrada en vigencia de la Ley 7764 —Código Notarial— así como en acatamiento de la directriz emanada por la Dirección Nacional de Notariado, a las, hago constar que a partir de esta fecha, este tomo será utilizado únicamente por mi persona. (LUGAR), a las (HORAS Y MINUTOS) del (FECHA)."

4.- Los nuevos tomos que se inicien, deberán cumplir con las disposiciones atinentes contenidas en el Título III, en relación con el transitorio VI del Código Notarial.

5.- En caso de determinarse la necesidad de que otro funcionario cuente con tomo abierto de protocolo, a efecto de suplir al Cónsul General durante sus ausencias, dicha situación deberá comunicarse a la Dirección Nacional de Notariado.

6.- A cada notario consular se le asignará una signatura y se le abrirá su respectivo expediente personal en esta Dirección, para lo cual se les remitirán los formularios de estilo, por medio de la vía de estilo.

7.- A efecto de poner en conocimiento del cuerpo consular y ejecutar la presente directriz, se solicita la valiosa colaboración del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 24, inciso d) del Código Notarial. **Licda. Alicia Bogarín Parra, Directora.**

DIRECTRIZ Nº 0003-98 **Hora: 10:30 h**
Fecha: 24 de noviembre de 1998

AUTORIZACIÓN PARA FIRMA DE CERTIFICACIONES

Tomando en cuenta el volumen de trabajo, y con el objeto de facilitar la atención a los notarios, se autoriza para suscribir certificaciones a los señores licenciado Everardo Chaves Ortiz y al licenciado Alexis Vargas Soto. Consígnese en el libro de actas respectivo. **Licda. Alicia Bogarín Parra, Directora.**

DIRECTRIZ Nº 004-98 **Hora: 10:00 h**
Fecha: 25 de noviembre de 1998

PLAZO PARA RESOLVER COMUNICACIONES DE LOS NOTARIOS PÚBLICOS

Por economía procesal y para dar mayor agilidad en el procedimiento de las publicaciones inherentes a los ceses de funciones voluntarias, salidas del país —con o sin protocolo—, suspensiones ordenadas por el Colegio de Abogados y solicitudes de rehabilitación, se acuerda resolverlas conjuntamente dentro del término de ocho días a contar del recibo de proceder. **Licda. Alicia Bogarín Parra, Directora.**

DIRECTRIZ Nº 005-98 **Hora: 11:00 h**
Fecha: 25 de noviembre de 1998

CUOTA OBLIGATORIA PARA EL FONDO DE GARANTÍA

De conformidad con el artículo nueve y veinticuatro del Código Notarial y tomando como base el Salario Base de Oficinista y para el período entre el primero de enero de mil novecientos noventa y ocho y el treinta y uno de diciembre del mismo año, es de ochenta y cuatro mil doscientos colones. Lo anterior, según se desprende del oficio número dos mil cuatrocientos cuarenta DL-noventa y ocho, suscrito por los señores Mauricio Quirós Álvarez y licenciado Francisco Arroyo Meléndez, la Dirección resuelve:

Definir en siete mil dieciséis colones, la cuota obligatoria para el Fondo de Garantía que deberán cancelar mensualmente todos los notarios públicos en el ejercicio de sus funciones. **Licda. Alicia Bogarín Parra, Directora.**

DIRECTRIZ Nº 006-98 **Hora: 11:30 h**
Fecha: 25 de noviembre de 1998

REQUISITO TÍTULO DE NOTARIO PÚBLICO

Por la omisión formal del artículo diez del Código Notarial, en relación a que no se incluye el título de Notario Público, como requisito necesario para su habilitación, esta Dirección acuerda:

Por seguridad jurídica y eficiencia en el servicio que prestan los notarios públicos, la omisión referida no podrá entenderse como una exclusión del requisito esencial que sirvió de base para la habilitación de todos aquellos notarios públicos en el ejercicio de su función en el momento de la vigencia del Código. Que tomando en cuenta que ese documento constituyó la base para que en el régimen anterior, los notarios públicos demostraran su idoneidad y haber concluido con los requerimientos curriculares que lo acreditaba para la solicitud de esa habilitación, ese requisito debe cumplirse hasta que se apliquen los efectos de los incisos a) y b) del artículo diez, así como el inciso c) del artículo tres del Código Notarial. **Licda. Alicia Bogarín Parra, Directora.**

DIRECTRIZ Nº 007-98 Hora: 10:00 h
Fecha: 30 de noviembre de 1998

AUTORIZACIÓN E INSCRIPCIÓN DE NOTARIOS PÚBLICOS NACIONALES Y EXTRANJEROS

La Dirección Nacional de Notariado, en uso de las facultades que le confiere la Ley 7764 —Código Notarial— emite la siguiente directriz, con respecto a la **INSCRIPCIÓN Y AUTORIZACIÓN DE NOTARIOS PÚBLICOS NACIONALES Y EXTRANJEROS**.

Para la autorización e inscripción de los notarios públicos, debe acudirse a los artículos 10, 11 y 12 del Código Notarial, en su necesaria relación con los numerales 3, 4 y 5 ibídem. El Código no establece específicamente un procedimiento para la sola inscripción de aquellos notarios que, por motivos de impedimento o personales, no pueden o no deseen ejercer esa función.

Si bien es cierto, el artículo 10 se titula **Solicitud de inscripción**, continúa diciendo que: "La persona interesada en que se le **autorice para ejercer** la función notarial...". Es así que se nota un error de técnica legislativa, al confundir la inscripción con la autorización, cuando se trata de dos actos jurídicos distintos, con consecuencias propias. Es claro que la inscripción no conlleva necesariamente la autorización, mas la segunda sí requiere de la primera.

No obstante lo dicho anteriormente, el artículo 12 reza:

"Aprobada la solicitud, la Dirección Nacional de Notariado expedirá la licencia de notario público, la cual será firmada por el Director. La inscripción se practicará en el Registro respectivo".

Se aprecia que este artículo fija tres momentos distintos, así: Primero se aprueba la solicitud, luego se expide la licencia, y por último, se practica la inscripción.

Entonces ¿Cómo inscribir solamente a un notario que no puede o no quiere ser autorizado? Una forma simplista de solucionar la cuestión, sería continuar tramitando las inscripciones tal y como se hacía antes de la entrada en vigencia de la nueva normativa, sea, recibir la solicitud de inscripción y disponer esta, sin mayor trámite. No obstante, el problema de seguir este camino, se presentará dentro de cinco años, cuando se agote el plazo concedido por el transitorio VII, y los notarios que han sido tan solo inscritos, soliciten su autorización para el ejercicio, lo cual nos remitirá a cumplir el trámite del artículo 10 y siguientes, debiendo —ya en ese momento— exigírseles el requisito de la especialidad en Derecho Notarial, lo que a todas luces parece inapropiado.

La Ley General de la Administración Pública, en sus artículos 4, 7 y 10, establece como principio fundamental en la gestión de los entes y órganos estatales, la satisfacción de los intereses colectivos; con amplitud en la interpretación e integración de las normas, atendiendo a la forma en que mejor se realice el fin público a que se dirige.

Es así, que con apoyo en los razonamientos y fundamentos de derecho expuestos debe concluirse, que todos aquellos notarios públicos a quienes asista impedimento para la función, o bien no deseen ejercerla, deberán estarse al procedimiento dispuesto por ley para la autorización, quedando sujeta esta, al momento en que oportunamente la soliciten, siempre y cuando su aprobación no resulte contraria a la ley, lo cual se analizará a la luz de cada caso concreto.

Establecido un procedimiento uniforme para la inscripción y habilitación, es de suma importancia definir el caso de los extranjeros. En atención al artículo 33 de la Constitución Política, cualquier diferencia en el

procedimiento violentaría abiertamente el principio de igualdad y no discriminación, por lo que se seguirá el mismo para nacionales y extranjeros. Sin embargo, esta Dirección no ignora que el Código establece un requisito de reciprocidad en el párrafo final del artículo 3, al disponer:

"Los extranjeros que cumplan con los requisitos anteriores, podrán ejercer el notariado siempre que en su país de origen se otorgue el mismo beneficio a los notarios costarricenses, en igualdad de condiciones".

De tal manera que en acatamiento de esa normativa, no podrá expedirse la licencia respectiva, hasta tanto esta Dirección tenga por acreditado que en el respectivo país de origen del solicitante, se cumple con la citada norma. Es entendido que al respecto se dictará la resolución de fondo dentro de los plazos legales. Se recomienda a los centros de educación superior que imparten la carrera de Derecho y a los que en su oportunidad lo hagan con la especialidad en la rama notarial y registral, que tomen las medidas necesarias a efecto de informar debidamente a sus estudiantes extranjeros y no causarles futuros perjuicios. Póngase en conocimiento del Consejo Superior de Educación, para lo que corresponda. **Licda. Alicia Bogarín Parra, Directora.**

DIRECTRIZ Nº 008-98 **Hora: 11:11 h**
Fecha: 11 de diciembre de 1998

SUBSANACIÓN DE ERRORES U OMISIONES QUE IMPIDEN LA INSCRIPCIÓN DE ESCRITURAS

La Dirección Nacional de Notariado, en uso de las facultades que le confiere la Ley 7764 —Código Notarial— emite la siguiente directriz, con respecto a la **SUBSANACIÓN DE ERRORES U OMISIONES QUE IMPIDEN LA INSCRIPCIÓN DE ESCRITURAS**.

El notario está autorizado para subsanar errores y omisiones, siempre y cuando las correcciones se realicen antes de la firma, de manera que la autorización de la escritura reúna los requerimientos que tal instrumento debe contener, según los términos del artículo 91 del Código Notarial. Lo anterior, tomando en cuenta que las firmas de los comparecientes deberán consignarse en forma seguida, sin ningún espacio entre el fin de la escritura y el inicio de las firmas.

Por esa razón, se infiere de la ley, que toda nota posterior al otorgamiento y autorización, deberá cumplir con lo referido por el artículo 96 del Código Notarial, siempre que constituyan aspectos sobre el consentimiento y aprobación inherentes a las partes comparecientes o testigos, según se trate, o comprendan modificaciones que pudieran de algún modo, afectar el fondo de las manifestaciones de voluntad allí contenidas.

La reproducción de los testimonios, debe expedirse dentro de los cánones legales que admite el Código, en sus artículos 112, siguientes y concordantes. Esto quiere decir que aquellos errores y omisiones subsanados antes de la firma, pueden incorporarse al momento de elaborarse el testimonio, o bien, por medio de nota al pie. Cuando se detecte un error después de esa expedición, que no constituya variación de las voluntades consentidas y aprobadas, únicamente se podrán enmendar por vía de razón notarial, siempre y cuando tal acción surja producto del conocimiento de documentos o hechos cuya fuente deberá ser ajena al instrumento que se corrige, y constatados por el notario a través de sus sentidos, de todo lo cual dejará constancia en la razón. Es entendido que la existencia de toda razón advertida desde esa dimensión, deberá consignarse en la matriz, sin perjuicio de la responsabilidad del notario, si así no lo hiciere. **Licda. Alicia Bogarín Parra, Directora.**

DIRECTRIZ Nº 009-98 **Hora: 7:30 h**
Fecha: 11 de diciembre de 1998

LAS DIRECTRICES EMITIDAS POR LA DIRECCIÓN NACIONAL DE NOTARIADO CONSTITUYEN LINEAMIENTOS DE ACATAMIENTO OBLIGATORIO PARA LOS NOTARIOS PÚBLICOS

Tomando en cuenta que la finalidad de esta Dirección, es organizar adecuadamente en todo el territorio costarricense, tanto la actividad notarial, como su vigilancia y control (artículo 22 del Código Notarial) y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 24 del citado código, incisos d) y m), se resuelve que las directrices emanadas, así como los criterios emitidos con ocasión de consultas formuladas a este despacho, constituyen lineamientos de acatamiento obligatorio para los notarios públicos que prestan sus servicios a la colectividad; por lo que las oficinas públicas respectivas, deberán velar por el acatamiento de esas disposiciones. En virtud de que la inobservancia de esos lineamientos, eventualmente podría generar responsabilidad disciplinaria, y a efecto de salvaguardar el debido proceso, publíquense íntegramente en el Boletín Judicial las directrices y criterios emitidos. A todos los notarios y público en general, se hace saber que las directrices emanadas por esta Dirección, constan en un libro de actas que se lleva al efecto, el cual se encuentra en este despacho, a disposición de cualquier interesado que desee examinarlo. **Licda. Alicia Bogarín Parra, Directora.**

DIRECTRIZ Nº 10-98 **Hora: 8:48 h**
Fecha: 12 de diciembre de 1998

DIRECTRICES 1999

AUTENTICACIÓN DE FIRMA DE LOS NOTARIOS EN DOCUMENTOS DESTINADOS AL EXTERIOR

En acatamiento de la disposición adoptada por la Corte Plena, de fecha dos de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, artículo IX y con el objeto de brindar un mejor servicio, se resuelve: Toda autenticación de firma de los notarios en documentos destinados al exterior, deberá contener la razón notarial correspondiente (artículos 34, inciso i) y 111 del Código Notarial), la que tendrá que cumplir con las formalidades requeridas para los documentos notariales, según lo dispone el artículo 70, siguientes y concordantes del Código Notarial, en lo aplicable. Deberá observarse especialmente la forma, esto es, se hará continua, sin dejar espacios en blanco, ni introducir testaduras, raspaduras, entrerrenglonaduras, borrones, enmiendas ni otras correcciones. Los errores o las omisiones deben salvarse por medio de nota al final, antes de la firma del notario. Es entendido que en ausencia de la razón aquí relacionada, esta Dirección carece de competencia para autenticar la firma del profesional, pues mientras no se indique que esa actuación la realiza en su condición de notario público, lo será como Abogado, para lo cual deberá acudirse al ente respectivo. Esta resolución será aplicable a partir del día siguiente de su dictado. **Licda. Alicia Bogarín Parra, Directora.**

DIRECTRIZ Nº 01-99 **Hora: 13:00 h**
Fecha: 5 de enero de 1999

COBRO DE HONORARIOS POR PARTE DE LOS NOTARIOS

En ejercicio de la potestad que confiere la ley a la Dirección Nacional de Notariado, según artículo veinticuatro, inciso d), se emite el siguiente lineamiento de acatamiento obligatorio para todos los notarios públicos.

CONSIDERANDO:

I. Que el notariado público es la función pública ejercida privadamente, es por medio de ella que se presumen ciertas las manifestaciones del notario habilitado legalmente que constan en los instrumentos y demás documentos autorizados por él; por sí mismos producen los efectos jurídicos que deban derivarse de la voluntad de los otorgantes, y prueba de los hechos, situaciones y demás circunstancias de que el notario haya dado en ejercicio de su función (artículos 1, 2, 31 y 124 del Código Notarial).

II. Que en virtud de la competencia que de tal función se deriva, el notario público habilitado está legitimado para ejercer las funciones contenidas en el artículo treinta y cuatro del Código Notarial, las cuales deberá prestar en forma continua y sin sujeción a horario (todas las horas y días son hábiles). Solo podrá ejecutarse de no hacerlo cuando estime que la actuación requerida de él, es ilegítima o ineficaz de conformidad con el ordenamiento jurídico... (artículo 36 del Código Notarial).

III. Que tal función la ejerce el notario público habilitado dentro del esquema jurídico por medio del cual ejecuta su legitimidad, la cual solo estaría limitada por la voluntad de las partes y la ley misma. Por esa razón su servicio al usuario lo deberá prestar ejerciendo su derecho y cumpliendo los requisitos esenciales que califican su autonomía y objetividad: 1.- Imparcialidad de la actuación, 2.- Solicitud de parte interesada, 3.- Sin sujeción de horario, 4.- Obligación de guardar el secreto profesional, 5.- Mantener oficina abierta, 6.- Cobro de honorarios según el arancel respectivo y 7.- Sin sujeción a territorio (puede ejercer sus funciones en todo el territorio nacional y fuera de él, artículo 32 del Código).

IV. Que la habilitación legal del ejercicio de la función pública ejercida privadamente, es la que le imprime el carácter a esos requisitos esenciales, por lo que no podrán ser objeto de limitación alguna, y a su vez participan también de la connotación legal por medio de la cual está revestido el notario público como objeto de la habilitación legal. Por estas razones es que ese ejercicio es independiente, neutral, objetivo, sin más limitación que las indicadas anteriormente.

V. Que el ejercicio de la función para la cual son habilitados por ley los notarios consulares y del

Estado, también participa del carácter del ejercicio de la función notarial plena, según los términos de lo aquí indicado, y a su vez constituye la excepción del ejercicio pleno, cuando admite limitación desde algunos de los requisitos esenciales a que hace referencia esta directriz. Así, los cónsules estarán circunscritos a un territorio y de acuerdo con las limitaciones no podrán prestar los servicios para lo cual están habilitados los notarios públicos en su ejercicio de habilitación plena. Tampoco podrá cobrar honorarios conforme el arancel al que se refiere el artículo 166.

VI. Que tomando en cuenta que: 1-. El ejercicio de la función notarial privadamente es el objetivo esencial de la organización del notariado público, 2.- Esa función es la que le imprime el carácter a los elementos esenciales por medio de los cuales el notario público ejerce la función notarial, 3.- Los cónsules y los notarios del Estado son únicas excepciones al objetivo primordial del Código Notarial, 4.- La habilitación plena, legitima y obliga a esos notarios a prestar su servicio en total independencia y neutralidad. LOS NOTARIOS PÚBLICOS HABILITADOS DESDE LOS EFECTOS DE ESTE CÓDIGO solamente están facultados para cobrar honorarios por sus servicios.

VII. Que al estar supeditados al cumplimiento del requisito esencial del cobro de honorarios en retribución de su prestación, según los términos del artículo 166 del Código Notarial, los notarios públicos, excepto los casos enunciados anteriormente, no podrán ser contratados bajo retribución fija. Como consecuencia de lo anterior es de fiel cumplimiento que todo notario habilitado, de acuerdo con el objetivo esencial de ese cuerpo legal, que no se ajusta a las tarifas fijadas para los honorarios notariales y cobran menos o exceden en el cobro, se harán acreedores a la sanción que indica el artículo 143, inciso f) del Código Notarial.

POR TANTO:

VIII. Tomando en cuenta todas las consideraciones antes indicadas y en razón de salvaguardar la eficacia y seguridad en el servicio que presta el notario público habilitado a los usuarios y la que se deriva como una obligación del notario de cumplir los derechos y obligaciones que le impone el Código Notarial, para que las sanciones tengan un medio real para aplicar el régimen disciplinario, esta Dirección acuerda que:

a) que al ser el notariado público la función pública ejercida privadamente y primordial objetivo de la organización notarial a que se refiere el Código Notarial, los requisitos esenciales por medio de los cuales presta el servicio el notario público, no pueden ser objeto de limitación.

b) Cualquier variación a los elementos esenciales de la función notarial, constituye una limitación al ejercicio de ella.

c) La limitación al requisito esencial de cobro de honorarios constituye una limitación al principio esencial del ejercicio de la función notarial, pues el único medio autorizado por ley para la retribución del servicio que presta el notario público es esa modalidad.

d) Que como consecuencia de lo anterior, los notarios que ejerzan esa función notarial plena, a excepción de los casos de los cónsules y notarios del Estado, no podrán ser contratados bajo retribución fija.

e) Estando regulada la forma en que deben cobrar la retribución por sus servicios los notarios públicos, deberán cobrar sus honorarios, de acuerdo con los efectos del artículo 166.

f) En tanto no se apruebe un arancel dentro de los lineamientos del artículo 166, todos los notarios públicos habilitados al efecto deberán cobrar sus honorarios conforme al Decreto Ejecutivo.

Esta Dirección está proponiendo a la Asamblea Legislativa, la introducción de un nuevo transitorio que contemple la tutela de los derechos adquiridos de los actuales notarios públicos al servicio de la Administración Pública, con el siguiente texto:

AGREGADO DE UN TRANSITORIO XIII:

Se propone incluir un nuevo Transitorio XIII que indique:

"**TRANSITORIO XIII**.- A los notarios públicos que a la fecha de promulgación de este Código, tuvieren derechos adquiridos, en virtud de situaciones jurídicas consolidadas, no les serán aplicables las prohibiciones contenidas en los incisos b) y e) del artículo 7, ni las del artículo 8, ambos de la presente ley."

La presente resolución deberá publicarse por medio de circular en el Diario Oficial La Gaceta y en un periódico de mayor circulación. **Licda. Alicia Bogarín Parra, Directora.**

DIRECTRIZ 002-99 **Hora: 10:00 h**
Fecha: 7 de enero de 1999

POSIBILIDADES ECONÓMICAS DEL FONDO DE GARANTÍA PARA INDEMNIZAR

Esta Dirección, en uso de las facultades concedidas por el artículo 9 del Código Notarial, resuelve:

Existiendo los mecanismos legales y técnicos para definir la cobertura de los daños y perjuicios generados por los notarios públicos en el ejercicio de esa función, pero tomando en cuenta que el Fondo de Garantía no contará con recurso alguno al inicio de sus funciones, la cuantía de esa cobertura no se definirá, hasta tanto no se cuente con recursos económicos e información suficientes para efectuar el estudio actuarial que requiere la aplicación de la ley y que tiene como fin, establecer esa caución de acuerdo con las posibilidades económicas del Fondo. Hágase saber. **Licda. Alicia Bogarín Parra, Directora.**

DIRECTRIZ Nº 003-99 **Hora: 8:13 h**
Fecha: 13 de enero de 1999

FIJACIÓN DEL MONTO DE COTIZACIÓN AL FONDO DE GARANTÍA

Esta Dirección, en uso de las atribuciones que le concede el inciso d) y m) del artículo 24 del Código Notarial, emite la siguiente directriz,

R E S U L T A N D O:

I.- Que por directriz número seis de las once horas, treinta minutos, del veinticinco de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, se dispuso fijar en el monto máximo la cuota mensual de aportación al Fondo de Garantía de los Notarios Públicos.

II.- Que se estima conveniente adicionar ese pronunciamiento, con los elementos de juicio motivadores de tal decisión y;

C O N S I D E R A N D O:

I.- El artículo 9 de la Ley 7764 —Código Notarial— crea el Fondo de Garantía de los Notarios Públicos, el cual se regirá por la Ley del Régimen Privado de Pensiones Complementarias, Nº 7523. Continúa disponiendo este numeral, que la cuota máxima de cotización que deberán cubrir anualmente los notarios, deberá ser equivalente al salario base mensual definido en el artículo 2 de la Ley 7337, cuyo monto mensual, será fijado por esta Dirección dentro de ese monto máximo.

II.- Que el salario base de un Oficinista 1 del Poder Judicial (salario base legal de la 7337), para el período que corre del primero de enero al treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, asciende a ochenta y cuatro mil doscientos colones mensuales.

III.- El fondo generará dos tipos de costos: Los técnicamente conocidos como "hundidos" y los "reales". Los primeros son aquellos que deberá asumir el Poder Judicial para la operación del Fondo y comprenden rubros tan diversos como pago de instalaciones físicas para la administración de este, equipo de cómputo y oficina, pago de salarios y servicios públicos y material de oficina, entre otros costos directos e indirectos. El segundo costo —real— lo significa el pago de un ocho por ciento de los rendimientos anuales del Fondo, a la operadora que auxilie a este despacho en el manejo de los dineros de ese instituto (así el citado artículo 9, en su necesaria relación con la Ley 7523). Este segundo rubro, implica una disminución sobre los rendimientos del fondo, generados con ocasión de la inversión de las cuentas individualizadas de los notarios afiliados, causando como efecto inmediato, una disminución en la capacidad económica del Fondo. El pago de esta comisión, solo es posible realizarlo de la forma expuesta, pues la normativa no autoriza un cobro adicional por gastos administrativos. Cabe agregar que el Fondo será del tipo conocido como de capitalización, compuesto por las cuentas separadas de cada notario, y el fondo de reserva, conformado por la primera cuota de todos los afiliados en el fondo de garantía.

IV.- El estudio actuarial a que se refiere el ya relacionado artículo 9 de la Ley 7764, solo podrá llevarse a cabo cuando el Fondo se encuentre en operación,

pues a la fecha, no existen datos estadísticos que se puedan tomar como punto de referencia para proyectar el pago de posibles erogaciones con ocasión de los daños y perjuicios ocasionados por los notarios en el ejercicio de su función. En atención a este punto, y por resultar evidente que dicho instituto nacerá sin recursos, esta Dirección, aplicando la facultad conferida en la norma supracitada, determinó que el Fondo carecerá de posibilidades económicas para atender los reclamos, y por ahí, dispuso que durante el primer año no se harán efectivas erogaciones por este concepto. La definición del monto a cubrir y la variación de la cuota, dependerán del estudio actuarial que se realice finalizado el segundo año de operación, a fin de resolver lo que corresponda.

V.- Que ante el Juzgado Notarial, se tramitan cerca de veinte procesos en los cuales se pretende el pago de daños y perjuicios, estimados entre cinco y diez millones aproximadamente. Tomando en cuenta esta información y considerando que el límite máximo de indemnización alcanza los doscientos salarios base, que en un año, un notario tendría en su cuenta tan solo ochenta y cuatro mil doscientos colones, sin computar los rendimientos generados (a los que se deduce la comisión del ocho por ciento); ante una eventual obligación de cumplimiento, el Fondo tendría capacidad de cancelar —so pena de su descapitalización— un salario base. Lo anterior, sin perder de vista que no será hasta noviembre del año en curso, que todos los notarios habrán ingresado al Fondo (por así imponerlo el Código Notarial), por lo que, a esa data, no todos ellos tendrán las once cotizaciones desde hoy posibles de recolectar, que lógicamente se irán reduciendo en número según dilate la puesta en marcha del cobro. En virtud de lo expuesto, se estimó oportuno conformar un Fondo de Reserva, que sirva para responder a la obligación de pago impuesta por sentencia firme, en forma solidaria, o sea no solo por el monto acumulado en la cuenta del notario condenado, sino por un monto mayor, determinado de conformidad con la solvencia económica de la reserva.

VI.- De acuerdo con proyecciones realizadas, utilizando los parámetros expuestos, para el año dos mil se tendría un acumulado de aproximadamente trescientos catorce millones cuatrocientos veintiún mil setecientos cincuenta y seis colones con setenta y nueve céntimos, lo que representa un monto suficiente para responder a las indemnizaciones sin poner en peligro el Fondo, logrando un instituto solvente y estabilizado; siempre y cuando todos los notarios realicen los aportes puntualmente y contando con un incremento mensual promedio de sesenta notarios por mes.

VII.- Como corolario de todo lo dicho supra, y a efecto de fortalecer el Fondo, debe fijarse para los primeros dos años la cuota máxima legal, sin perjuicio de las modificaciones que puedan surgir como consecuencia del estudio actuarial que oportunamente se practicará.

POR TANTO:

Se adiciona la directriz número seis de las once horas treinta minutos del veinticinco de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, en los términos aquí expuestos, y se mantiene en todos sus extremos, lo allí establecido. **Licda. Alicia Bogarín Parra, Directora.**

DIRECTRIZ Nº 004-99 **Hora: 10:00 h**
Fecha: 15 de enero de 1999

APLICACIÓN AUTOMÁTICA DE SANCIONES POR MERA CONSTATACIÓN

RESULTANDO:

I.- Que esta Dirección está legitimada por ley para organizar adecuadamente, en todo el territorio costarricense la actividad notarial, así como la vigilancia y control de los notarios. En el ejercicio de esa potestad, y conforme al artículo veinticuatro, inciso d) del Código Notarial, se ubica dentro del marco de su competencia, emitir lineamientos de acatamiento obligatorio, que tiendan a la fiscalización de esa actividad, y que estén referidos a su acción material, así como a los efectos propios de la fe pública ejercida por el fedatario público en virtud de su habilitación.

II.- Que dentro de esas atribuciones, la Dirección tendrá el control y aplicación del orden disciplinario administrativo, medio por el cual, la sanción se convierte en real, eficaz y oportuna, con respecto a los efectos que se deriven de ésta dentro de la labor contralora que ejerce ese ente, legitimando así al ordenamiento jurídico rector de la actividad notarial. Como consecuencia de esto, ese control mantendrá un equilibrio entre el buen servicio que presta el notario al usuario, y el debido ejercicio de la función pública. La respuesta en la aplicación de la sanción ante una mal praxis, deberá mantener el equilibrio necesario entre ese sano ejercicio y el buen servicio público, siendo entonces imperante, que esa aplicación coercitiva, tienda verdaderamente a una acción efectiva de ese control y como un medio garante del servicio demandado al notario, por demás de ejemplarizante para el gremio y del fiel cumplimiento de su deber; y,

CONSIDERANDO:

I.- Tomando en cuenta, que las sanciones que le corresponden imponer a la Dirección Nacional de Notariado, están referidas a las suspensiones en los casos de impedimento señalados en el artículo cuatro del Código Notarial, así como cuando falten requisitos o condiciones para el ejercicio de éste, o cuando los cartularios incumplan los lineamientos de acatamiento obligatorio, emitidos por esta Dirección (artículo 140 del Código Notarial), es necesario establecer su carácter a fin de que su aplicación sea acorde con las atribuciones que la ley le otorga a esta autoridad, y lo que el deber deontológico, ético y legal le impone al Notario.

II.- Las sanciones que compete aplicar a la Dirección por incumplimiento del notario, como consecuencia de la propia impuesta por el no pago de mutualidad del Colegio de Abogados, así como la omisión en la cotización al Fondo de Garantías y la puntual presentación de los índices, participan de una misma causalidad, sea que su comprobación y existencia se deriva de la propia conducta omisiva del notario, y goza de un mismo efecto en cuanto que esas medidas disciplinarias se mantendrán en tanto permanezca esa omisión. Además, en virtud de que las normas rectoras de la función notarial son lo suficientemente explícitas en la descripción de los elementos esenciales de su ejercicio, y en la materia que nos ocupa, el notario se hace acreedor de la sanción por una determinada conducta de inobservancia legal, en tal caso el error y la ignorancia de los detalles de esa norma no produce efectos exculpatorios, por demás de la prohibición constitucional de alegar ese segundo factor como elemento de defensa.

III.- Que ejerciendo la competencia de la Dirección en ese ámbito, la organización propiamente dicha de la función notarial deberá establecerse desde la autorización al ejercicio por vía de la habilitación, así como desde el control que ejerce para ordenar la inhabilitación, según sea el caso. En materia de sanción la fiscalización de la Dirección dentro de su legitimidad y su marco de acción, se convierte en un medio real de control del ejercicio de la función notarial propiamente dicha, y a la vez mediante el uso de esas potestades, promueve la eficacia y seguridad del orden establecido por el Código Notarial, nacido por potestad de imperio.

IV.- En aplicación de lo mencionado en el considerando anterior, la sanción impuesta al notario debe ser real, concreta y oportuna. Así, en virtud de que la habilitación del notario se origina de un acto de su voluntad, el cual se concreta a través del cumplimiento de los requisitos y la solicitud de ley, así como la autorización de la Dirección; la contraprestación del notario con el Estado y la comunidad deberá ser el ejercicio de la función notarial con conocimiento de todas las normas inherentes a ese muy honroso oficio. Esto supone el establecimiento de una presunción iures et eure de tal conocimiento, y a contrario sensu el incumplimiento de las obligaciones de ley, conlleva una falta inexcusable de su deber de conocer y observar el bloque de legalidad. Una conducta omisiva en ese sentido, desde el momento en que opera tal incumplimiento, acarrea al notario una responsabilidad disciplinaria personal.

V.- Que el régimen disciplinario administrativo enunciado en esta resolución y contenido en el Código Notarial, es claro y taxativo. La ley define que al incumplimiento de los deberes antes indicados, al notario le deviene una sanción concreta de un mes de suspensión æen el caso de los índicesæ y por todo el tiempo que dure la omisión, con respecto a la falta de pago de las cuotas del Colegio de Abogados y Fondo de Garantía. También existe respuesta jurídica desde la vigencia de esa sanción, con la publicidad de esa suspensión como medio de conocimiento, tanto del usuario cuanto del mismo notario, para los efectos legales y materiales que se deriven de esa medida. Cabe hacer notar, que el plazo de ocho días naturales existente entre la publicación de la sanción y la efectividad de esta, constituye un elemento tutelar del debido proceso, pues durante ese período, los profesionales afectados por la suspensión, podrán ejercer su derecho de defensa, a efecto de —en caso de resultar legalmente procedente— dejar sin efecto la misma.

VI.- Que desde la normativa referente a la prescripción, (artículo 164 del Código Notarial), el plazo es perentorio, y le corresponderá a la Dirección la aplicación de las sanciones, en consecuencia el control que debe ejercer esta entidad con respecto a esa materia, deberá ser pronto y oportuno. Todo, con el fin de darle eficacia y seguridad a la materia que conforma el régimen disciplinario. Lo anterior, por cuanto la conducta omisiva del notario —cualquiera de las aquí indicadas— perjudica a la función pública ejercida por ese profesional, materia que de por sí involucra al notario desde su condición de fedatario público habilitado por ley. El ejercicio de un profesional en notariado, sin que en él confluyan todas las condiciones necesarias, tales

como ser abogado activo, tener garantizadas sus funciones, y encontrarse al día en la presentación de los índices, constituye un grave peligro para la colectividad, pues puede acudirse ante un profesional suspendido en el ejercicio de sus funciones, otorgándose ante él actos o contratos cuya validez es relativa o absolutamente nula —según sea el caso— con la consecuente amenaza a la seguridad jurídica que debe imperar en el uso de la fe pública.

VII.- Que esta Dirección, como ente público se encuentra sujeta al principio de legalidad, y en consecuencia, las sanciones deben imponerse de conformidad con lo que estipula la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional y la ley. La aplicación de tales medidas disciplinarias las determina el propio incumplimiento del notario, constatable éste por la DIRECCIÓN NACIONAL DE NOTARIADO, la cual, por establecerlo así el artículo 27 del Código Notarial, tratándose de los índices, está facultada para hacer caso omiso del aviso hecho por el Archivo Notarial, dentro de los dos días posteriores al vencimiento de la fecha de entrega, sean el sexto y sétimo día hábiles después de finalizada la respectiva quincena.

VIII.- Que en todos los casos, la sanción regirá, ocho días naturales después de su publicación. Ese período evoca un término real e incuestionable por medio del cual el notario podrá establecer, si fuere el caso, la prueba que lleve como único fin la comprobación de que su conducta se encuentra ajustada a derecho y por ello, no se hace merecedor a la medida disciplinaria impuesta (artículo 61 del Código).

IX.- Que según el artículo 36 de la Ley Orgánica de Notariado derogada con la promulgación del Código Notarial, el notario disponía de un plazo improrrogable de cinco días hábiles a partir del primero y dieciséis de cada mes para presentar al Archivo Nacional un índice completo de las escrituras que hubiere autorizado en su protocolo durante la quincena anterior. Si esa omisión no hubiere sido subsanada o justificada antes de que la Corte resolviera, la pena de suspensión no se aplicaba. Al existir un plazo incierto entre el incumplimiento y el dictado de la resolución y habiendo una posible causa de justificación, su incumplimiento motivaba la instancia legal de que gozaba el notario para justificar la no presentación de los índices, comprobación que generaban los procedimientos aplicados por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, despacho sobre el cual recaía la competencia administrativa, de conformidad con la ley antes mencionada y el transitorio sétimo de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En contraste con la normativa vigente, hoy las disposiciones legales son claras en cuanto al carácter propio de la omisión de la queja por índice y la sanción a imponer con ocasión de esa inobservancia.

X.- Tomando en cuenta el carácter de la queja por índices, en que: **1)** La ley contempla el término de la sanción; **2)** La existencia de un período de gracia de dos días; **3)** La constatación de la Dirección de tal omisión, durante el citado lapso de dos días; **4)** Publicación de la resolución, donde se aplica la medida disciplinaria; **5)** Que la sanción rige ocho días después de publicada; y, **6)** Que la normativa referida es del conocimiento del notario, se estima que tales elementos constituyen en esencia un procedimiento que deviene de la operatividad propia de las normas comprometidas, las cuales son suficientemente explícitas en la valoración de la conducta del notario, y la prueba de descargo que pudiere ofrecer durante el período de ocho días entre la publicación y la efectividad de la medida coercitiva.

XI.- La normativa anterior a la vigencia del actual código, dentro del procedimiento respectivo, admitía un plazo real de gracia para presentar el índice antes de que la Sala resolviera la queja, y habiéndose arrogado la Dirección, el conocimiento de los casos que a la fecha de la vigencia del Código se tramitaban en la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, se debe aplicar el régimen anterior, únicamente en lo que le favorezca a los notarios omisos en el cumplimiento de ese deber.

XII.- CON RESPECTO AL FONDO DE GARANTÍA Y FALTA DE PAGO DE LAS CUOTAS DEL COLEGIO DE ABOGADOS: Las sanciones de tipo administrativo que le corresponde aplicar a la Dirección, en su mayoría, requieren del medio probatorio correspondiente. Sin embargo, algunas de ellas por su naturaleza, comparten un mismo efecto en cuanto su origen, y se presentan con la omisión del notario en la observancia y cumplimiento de los requisitos constitutivos de su legitimidad como fedatario público, y no, en los esenciales del ejercicio en sí mismo. Esa cualidad las define desde un ámbito totalmente ajeno a un medio de prueba, para convertirse en una mera constatación del hecho que parte de ese origen, en relación con la causalidad de esa omisión. Por eso la sola conducta del Notario en ese sentido, será la comprobación idónea de la acción u omisión que se registra administrativamente y generadora de la medida disciplinaria. Me refiero concretamente a las sanciones a que se hacen

acreedores todos los notarios, con respecto al no pago de cuota de mutualidad del Colegio de Abogados, de esa misma omisión en lo tocante al Fondo de Garantía y el incumplimiento o cumplimiento tardío en la presentación del índice. En el primer caso, la Dirección procede a suspender en el ejercicio del notariado con el solo hecho de la comunicación del Colegio respectivo, de que ha suspendido al profesional en la práctica de la abogacía, circunstancia que le acarrea a ese profesional, también la suspensión como notario, y que, según el artículo ciento cuarenta y ocho del Código Notarial, tal medida se mantendrá durante todo el tiempo que subsista la medida disciplinaria impuesta por el ente profesional. Siendo la Dirección la que Administra el Fondo, y que su vigilancia en cuanto a la omisión es de su competencia, la convierte en protagonista pasiva en ese hecho. La aplicación de la sanción al notario operará de pleno derecho y la prueba en que se fundamentará esta, se resume a la mera constatación de tal hecho.

XIII.- EN CUANTO A LAS DILIGENCIAS POR PRESENTACIÓN TARDÍA U OMISIÓN EN LA PRESENTACIÓN DE LOS ÍNDICES NOTARIALES: En cuanto a la queja referida a la obligación del notario en la entrega de índices quincenalmente, ésta tiene como finalidad la comprobación de la autorización de los instrumentos públicos en ese término. Esa medida tiende a establecer un control de eficacia y validez del ejercicio de la función notarial. En presencia de lo anterior, su omisión tendrá origen en el incumplimiento por parte del notario, con efectos, tanto en los deberes del ejercicio de la fe notarial, cuanto en los esenciales como fedatario público. Aun cuando la omisión participa de los efectos antes mencionados, los medios de prueba con que se cuenta son los admitidos por la ley, y tienden a resaltar la comprobación de la conducta omisiva del notario en cuanto a su obligación de presentar los índices dentro del lapso de tiempo (sic) que la normativa vigente le impone. En esa conducta interviene únicamente la decisión del propio notario en no realizar tal obligación, siendo entonces una realidad imperativa de excluir de ese hecho argumentos eximentes más que la constatación de tal situación: el Notario debe demostrar únicamente que presentó el índice de que se trata, dentro de los cinco días hábiles siguientes a los días quince y último de cada mes, contando para ello, con un período de gracia de dos días más, para hacerlo ante esta autoridad. Tal situación no admitirá más prueba que la constatación documental del decir del notario que así lo alegue. Ciertamente, el notario en tanto se encuentre en el ejercicio de la función notarial, tendrá la obligación de cumplir con este requisito, y es el Archivo Notarial, el que por ley deberá llevar un control en la forma y el tiempo que determine el Código Notarial. Sin embargo, tomando en cuenta lo anterior, y que el índice en el fondo constituye, por un lado un informe de los instrumentos autorizados, y por otro, en el fondo, es un medio que comparte de la validez de los instrumentos públicos autorizados en el Protocolo del Notario, la prueba que genera el incumplimiento de su presentación, no podrá ir más allá del esquema que define los requerimientos a los que se obliga al notario. Aunque la ley no permite al notario invalidar en el protocolo un instrumento reportado en el índice como debidamente otorgado, ni tampoco podrá convalidar uno que ya se haya informado como no autorizado, lo cierto del caso es que tales aspectos, aunque inherentes al índice, promueven una dimensión diferente a la presentación del índice pero que definitivamente dejan impregnado en éste —el índice— el verdadero sentido que tiene la presentación de la información, y los efectos negativos que acarrean su omisión. Lo anterior si se toma en cuenta que el notario es depositario y responsable del Protocolo, así como que puede reservarse su exhibición a solo casos particulares y a requerimientos de autoridades judiciales o la Dirección Nacional de Notariado, el conocimiento del movimiento de la notaría por parte de terceras personas, solo se hará efectivo mediante el informe contenido en el índice respectivo. Esta circunstancia define la seguridad jurídica con que cuentan esas los administrados y el Estado, en el tanto y cuanto el Protocolo se encuentre en posesión del notario. Ciertamente, aunque el índice participe de esa dualidad, ocurre que en la queja por la no presentación de éste, se define claramente una violación a la función notarial propiamente dicha, de manera que la sanción a que se hace acreedor el notario, no constituye la pérdida de derecho subjetivo alguno, sino más bien es la inhabilitación transitoria definida por ley para ese incumplimiento profesional. La ley prevé esa sanción, como un medio conminatorio que ejerce el Estado de imperio por medio de la Dirección, con el único fin de preservar el control de la eficacia de la potestad de imperio que motivó tal habilitación y que la Dirección debe ejercer acorde con su competencia, misma que podrá dejar de aplicar cuando mediante la constatación del efectivo y oportuno cumplimiento del deber de presentación tal hecho, esta autoridad está facultada por ley para hacer caso omiso de la queja (ver artículo 27, del Código Notarial).

XIV.- El Capítulo II del Código Notarial, admite que en materia disciplinaria, los procedimientos podrán iniciarse a instancia de la parte interesada o mediante denuncia

de cualquier oficina pública. Aunque del texto del artículo 27 del Código Notarial se admite por un lado que el Archivo Notarial, es el ente con la atribución de recibir los índices notariales y llevar el control en la forma y el tiempo que determine, informará al órgano disciplinario del no cumplimiento oportuno con la presentación del índice. Ese informe tiene el carácter de queja, y como tal deberá dársele el trámite que en lo que concierne al caso respectivo, y en lo pertinente, deberá cumplirse en lo aplicable con el procedimiento estipulado en los artículos 150, siguientes y concordantes del Código Notarial. Tomando en cuenta que la omisión del notario en la no presentación del índice motiva una simple constatación, ese hecho solo podrá ser rebatido mediante la única prueba que invoca tal omisión, o sea que se ha cumplido con esa formalidad dentro del plazo que la ley le otorga, nada más, o bien que se haya acogido al término de gracia que define el artículo 27 del Código Notarial, circunstancia de la cual la propia Dirección es contralora, de manera que la misma corrobora el hecho antes de aplicar la ley con la sanción respectiva.

XV.- Por lo expuesto supra, podríamos advertir que estamos ante una queja que no motiva un procedimiento especial. No hay prueba fuera de la indicada que releve de culpa al notario. La naturaleza de mera constatación de la falta, y la circunstancia conocida previamente por el notario, hace de ese procedimiento, uno con características definidas por tales circunstancias, de manera que los dos días de gracia que la ley le otorga, así como los ocho días que transcurren después de la publicación sin que esta se haga efectiva, constituyen el término suficiente para mantener la defensa imperante e indicada anteriormente. Así, lo ha reafirmado en abundante jurisprudencia la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Entre otros, el voto 3893-96, de las dieciséis horas veintiún minutos del treinta de julio de mil novecientos noventa y seis, en que dijo:

"II.- En cuanto los reparos hechos por la recurrente, al ser la imposición de la sanción inmediata por parte de la Sala Segunda, debe señalarse que en este caso concreto, la omisión de presentar los índices, como en forma reiterada lo ha señalado esta Sala, se acredita por simple constatación, bastando en ese caso la comunicación por parte del Director del Archivo Nacional, como repecto y custodio por excelencia de los índices, de que esa obligación no se cumplió, para que proceda la sanción, sin requerir para ello de un procedimiento especial (sic). Por supuesto que los errores que el Archivo haya cometido, se alegarán ante esta instancia y ante la Sala Segunda, si fuere el caso, debiendo enmendarse y levantarse las sanciones erróneamente impuestas, cumpliendo con la respectiva publicación en que dicho error se rectifique, en cuyo caso se cuenta en esa sede con los mecanismos suficientes para solventar esas situaciones, sin que tenga injerencia la Sala en la materia, por no involucrar lesión a derecho fundamental alguno. Por todo lo expuesto, el recurso debe ser rechazado."

Así también, ese alto Tribunal, en voto número 3488-98, de las diecisiete horas tres minutos del veintisiete de mayo próximo pasado, indicó:

"Posteriormente, siguiendo el mismo criterio, mediante resolución de las nueve horas nueve minutos del veintiséis de julio de mil novecientos noventa y seis, este Tribunal resolvió:
...el legislador contempló la obligación de presentar los índices al Archivo Nacional, como una obligación esencial del ejercicio del notariado, cual función pública que es. Al mismo tiempo, sancionó expresamente la omisión de su presentación, como causal para la suspensión del notario, delimitando claramente la duración de la sanción en uno, dos y tres meses, según el caso, por lo que las alegadas violaciones al principio de reserva de ley, en la sanción impuesta al recurrente, carecen de sustento. Además, es el propio legislador el que tipifica esa obligación y su cumplimiento, como una falta grave, aspecto que atendiendo a la naturaleza de la función pública encomendada a los notarios, no resulta desproporcionado, y su establecimiento se encuentra dentro del ejercicio del poder de legislar que le asiste a la Asamblea Legislativa, no pudiendo esta Sala entrar a calificar si se trata de una sanción leve o grave, cuando el propio legislador ya definió qué tipo de falta constituía.

(...)
III.- Con fundamento en el lineamiento jurisprudencial que se ha reseñado, y tomando en consideración que en las resoluciones que aquí se impugnan se indicó al notario amparado "de manera expresa" que gozaba de ocho días hábiles a partir del día siguiente de la notificación, a fin de demostrar el cumplimiento de su deber y dejar en ese eventual supuesto sin efecto las sanciones que impone la ley (...), ***lo que no ocurrió*** *lo procedente es desestimar este recurso como en efecto se hace."*

A mayor abundamiento, y continuando este análisis de la jurisprudencia constitucional, encontramos el voto número 5109-98, de las diecinueve horas treinta y seis minutos del quince de julio último, que entre otras cosas, dispuso:

"Sobre el caso concreto del procedimiento disciplinario aplicable a los Notarios Públicos que no presentan oportunamente los índices quincenales, esta Sala —en pronunciamiento de mayoría— ha indicado:

"Si la suspensión lo fue por el comprobado incumplimiento del deber legal de presentación, del índice de las escrituras otorgadas durante la quincena inmediata anterior al Archivo Nacional, no se falta al debido proceso al acordarla, toda vez que la sanción proviene de la comprobación documental de la omisión injustificada —máxime que todo Notario Público, para el ejercicio de la función, debe conocer perfectamente sus derechos y sus obligaciones como tal y las sanciones que acarrea el incumplimiento de aquéllas—; ya que es, en este caso, al propio funcionario a quien toca la justificación correspondiente y que —siempre— por medio de los recursos y la prueba, respectivas, puede proveer a la defensa de sus intereses, en los términos que garantiza el debido proceso que se interesa. Ello hace que el recurso devenga improcedente y así deba declararse." (Voto 1162-91 de las 10 horas 4 minutos del 14 de junio de 1991).

III.- Esta Sala, con base en el expediente remitido, ha analizado el procedimiento aplicado y pudo determinar que los notarios y notarias sometidos al procedimiento gozan de un plazo razonable (ocho días) para desvirtuar la falta imputada. En caso de que logren hacerlo, se enervan los efectos de la sanción original acordada. ..."

Como se nota, la jurisprudencia constitucional, vinculante erga omnes, por así disponerlo el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, es conteste y reiterada en indicar que para el caso de faltas de mera constatación —como la omisión en el pago de las cuotas del Colegio de Abogados y del Fondo de Garantía, y en la presentación de los índices notariales— no requieren de un procedimiento especial, por surgir la medida de la propia ley, y como consecuencia directa e inmediata de la violación o inobservancia del ordenamiento jurídico, infracción menos justificable en caso de los Notarios Públicos, quienes por su formación y profesión, se encuentran en una situación de mayor exigencia que el común de los hombres, en el fiel cumplimiento del bloque de legalidad.

P O R T A N T O:

Con la facultad que la Ley otorga a la Dirección Nacional de Notariado y en procura de ejercer el control y la eficacia de la función notarial que le impregna la potestad de imperio, y la abundante jurisprudencia constitucional —vinculante erga omnes— se resuelve que las normas que evocan la omisión del notario en el pago de cuota del Colegio de Abogados y del Fondo de Garantías, así como en el incumplimiento de presentación de índices, son lo suficientes explícitas (sic) en la valoración de la conducta del notario, quien por ley debe conocerlas. Es entendido que aquellos profesionales omisos en la presentación al Archivo Notarial de los índices durante los primeros cinco días posteriores al vencimiento de la quincena, contarán con dos días adicionales para cumplir con ese deber ante aquel despacho y demostrarlo documentalmente así a esta Dirección. De no hacerlo así, se harán acreedores a la corrección disciplinaria respectiva. En consecuencia y al participar la Dirección Nacional de Notariado en el acto de constatación de esas omisiones, procede dictar la resolución sancionadora en forma inmediata, la que se hará efectiva ocho días naturales después de su publicación, plazo contenido en el artículo 161 del Código Notarial, y durante el cual podrán los afectados ejercer su derecho de defensa. Hágase saber la presente directriz, por medio de publicación en el Boletín Judicial, y procédase posteriormente a su aplicación conforme a derecho. **Licda. Alicia Bogarín Parra, Directora.**

DIRECTRIZ Nº 99-005 **Hora: 10:00 h**
Fecha: 16 de febrero de 1999

IMPEDIMENTOS PARA EL EJERCICIO DEL NOTARIADO PÚBLICO

R E S U L T A N D O:

I.- Que se han recibido diversas consultas, a fin de determinar si un servidor público, está habilitado para el ejercicio de las funciones notariales, o si bien le asiste impedimento legal para ello.

II.- Que dentro de las atribuciones de esta Dirección, se encuentra el emitir lineamientos de acatamiento obligatorio, para que los notarios presten servicios a los usuarios en forma eficiente y segura; y,

C O N S I D E R A N D O:

I.- La función notarial se admite dentro del ordenamiento jurídico desde la única acepción en que se concibe la función pública. Sin embargo, originalmente se involucró de alguna manera con la relación laboral en el sector público, cuando originalmente el ejercicio del notariado era incompatible con cualquier otro empleo o

cargo de ese sector, que exigiera un servicio diario de tres o más horas. Ya desde ahí, se vislumbró el carácter de esa función, desde el hecho que su ejercicio exige independencia al menos por un lapso de tiempo (sic) determinado por la ley. Si bien es cierto, que la norma derogada de comentario admitía un impedimento para el ejercicio en las condiciones antes dichas, lo cierto es que esa limitación estaba referida a la defensa de la libertad que exige el ejercicio de la función notarial pública.

II.- La Ley número 39 de cinco de enero de mil novecientos cuarenta y tres (Ley Orgánica de Notariado) y sus reformas, al momento de su derogación en su artículo 19, complementa el concepto antes limitado por un lapso de tiempo (sic), al establecer que el notario que: "...aceptare cargo o empleo incompatible con el ejercicio del notariado, cesará en sus funciones de notario...".

Ese impedimento se define desde el contexto de la ley, como un medio por el cual la exigencia de contar con una oficina abierta al público, está íntimamente relacionada con la imposibilidad de que un notario pudiera involucrarse dentro de una relación laboral o de servicio con la Administración Pública, en estricto sentido de la palabra. Y es que, tal impedimento no se relaciona con el aspecto físico de un despacho, ni a la posibilidad de una negación del derecho al trabajo al notario público. Simplemente se trata del ejercicio de una función pública, la cual arranca desde el principio-deber de legalidad que se impone al NOTARIO PÚBLICO, e involucra su eficiencia, idoneidad y moralidad. Además, esa incompatibilidad lo que persigue es evitar una situación de conflicto entre ser funcionario público y, simultáneamente ejercer otra función que también es pública como lo es ser fedatario público. Sobre lo comentado, la Sala Constitucional en su voto número 649-93, refiere en lo que interesa que:

"...Ahora bien: lo que se ha venido considerando como una prohibición, debe entenderse más correctamente como una incompatibilidad, ya que lo que se pretende evitar es una situación de conflicto entre ser funcionario público y simultáneamente ejercer otra función que también es pública como es la de notario. Esta incompatibilidad es insoslayable, si tenemos en cuenta que la función pública merece protección y así incluso se ha estimado de siempre, como que al funcionario público se le veda desempeñar otra función o trabajo, en el tanto pueda menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes, o comprometer su imparcialidad a su independencia. Esta tesis no es extraña al espíritu constitucional, tal como puede colegirse del principio de responsabilidad de los funcionarios (artículo 9), del principio-deber de legalidad (artículo 11), así como de la exigencia de que la Administración Pública funcione a base de eficiencia e idoneidad (artículo 191)..."

Con el Código Notarial esa función se concibe como la pasada normativa, pero con más claridad emerge el ejercicio privado de ésta, ya no como una mera autorización, sino desde la habilitación del notario público, y es que no es para menos, pues en virtud de la fe pública, son ciertas todas las manifestaciones del notario que consten en los instrumentos y demás documentos autorizados por él, y su competencia material, está acorde con su condición. Es así como en el ejercicio de su función, el fedatario legitima y autentica los actos en los que interviene. Sobre el particular, con toda certeza podríamos decir del notariado público, así como en el pasado, que con la vigencia de la nueva ley se perfila más claramente un ejercicio de esa función sin sujeción alguna, de suerte tal que no podrá ser objeto indirectamente de dedicación exclusiva, y mucho menos ser protagonista en actos donde al notario público en virtud del cargo que ostente en cualquier dependencia del sector público se le prohíba el ejercicio del notariado (artículo 4, inciso f) del Código Notarial).

III.- El Notario Público ejerce la función notarial por medio de un acto de delegación conferido por el Estado, y desde esa dimensión su habilitación, no podrá ser objeto de cancelación. Desde el momento en que la adquiere, dicha condición lo acompañará hasta el fin de su existencia. Lo que sí cesa o suspende, es su capacidad jurídica para el ejercicio. Por esa razón, solo la aptitud del notario público es la que puede variar, ya sea por petición expresa de él o por razones de suspensión en el ejercicio de la función, provenientes de la aplicación del régimen disciplinario, o de causas sobrevenidas de impedimento. Por eso el cese es el acto administrativo por medio del cual la Dirección Nacional de Notariado suspende la aptitud legal del notario. Este acto puede surgir por solicitud expresa del profesional, o bien de oficio. El primer caso, como un acto voluntario mediante el cual el mismo notario solicita la suspensión del ejercicio de sus funciones. Es un nacido de su voluntad, porque tal solicitud solo la puede realizar él personalmente como un acto propio de decisión de no ejercer la función para la cual está legitimado. El segundo caso, se presenta cuando, mediando impedimento definido por la ley, obligadamente deba cesársele a fin de que el Estado pueda ejercer el control respectivo, dándose la seguridad al usuario que el notario que no pueda ejercer la función no lo haga.

Tomando en cuenta que la función notarial no es objeto de cancelación, el cese de funciones, en el fondo promueve la preservación de la fe pública de que es investido el profesional en cese por razones de su querer o por asistirle impedimento en su aptitud únicamente. Todo con el fin de asegurar al usuario que el servicio que él demande del cartulario sea eficaz desde el momento de su habilitación. El cese de oficio tiene la misma connotación anterior, solo que éste se da cuando existiendo el impedimento antes mencionado, el notario público no proceda de conformidad con lo antes dicho. Este se daría ya no como acto voluntario, sino de oficio y ejecutado por la Dirección, en uso de las competencias y atribuciones que la ley le otorga, definidas en el artículo 24, inciso e) en relación con los numerales 4 y 140 del Código mencionado. La variación en la aptitud legal del notario público en los términos aquí indicados dejará de surtir efecto en el tanto y en cuanto el motivo o impedimento que la generó desaparezca y así lo solicite o demuestre el notario público para ejercer de nuevo la función. Aun cuando el Código admite el cese como una inhabilitación, lo cierto del caso es que ambos actos jurídicos participan de un mismo efecto en cuanto al ejercicio, cual es que el profesional no podrá ejercer en tanto se dé uno u otro, sin embargo desde la óptica del artículo 13, los notarios públicos serán inhabilitados temporalmente cuando medien las condiciones indicadas en esa norma. De todas maneras, para los efectos de este análisis tendrá vigencia la diferenciación que se hace para establecer que en los efectos de la inhabilitación, su impedimento lo determina la aplicación de una sanción disciplinaria, y cumplido el término de esa medida, su habilitación resurge de pleno derecho. Esta, es una afectación en cuanto a la vigencia de la función notarial (artículo 13 del Código Notarial). La condición de cese o inhabilitación no necesariamente, son las que definen la problemática a que nos enfrentamos. Ciertamente constituyen un medio a través del cual, por certeza jurídica, la ley identifica con mayor propiedad lo que es la función notarial y qué papel juega el notario en esta, así como los efectos propios que tal ejercicio demanda del fedatario público.

IV.- La potestad de imperio ejercida por medio del ente encargado de habilitar a los notarios, impregna en ese funcionario público, la legitimidad necesaria para el ejercicio de la función notarial que es de naturaleza igualmente pública. Por eso, su participación dentro del régimen jurídico se realiza mediante un cuadro fáctico-jurídico inconmovible desde su origen, sea que quien desee ser habilitado para su ejercicio deberá demostrar mediante declaración jurada que no le asiste impedimento alguno de los señalados en el artículo 4 del Código Notarial. Esto quiere decir que no podrá ser habilitado quien se encuentra impedido por las causas indicadas en esa norma, que se admiten desde tres aspectos, a saber: a) Por impedimentos nacidos de su condición personal como lo es limitaciones físicas, por condenatoria por delitos, por guardar prisión preventiva, por haber sido declarado en quiebra, por ejercer cargos en cualquier dependencia del sector público, etcétera; b) Por razones de incumplimiento en las condiciones para ejercer la función notarial, sea impedimento para tener oficina abierta al público o bien por no estar al día en el pago de la cuota del Fondo de Garantía; y c) Por existir prohibición expresa al ejercer cargos en cualquier dependencia del Sector Público en las que se les prohíba el ejercicio externo del notariado. Al igual que la condición de fedatario público no se pierde, como se comentó anteriormente, los efectos de esa fe, y su competencia material, también son permanentes en tiempo y espacio. Es por eso que el notario público, desde esa perspectiva, durante el ejercicio, legitima y autentica los actos en los que interviene, a la vez, por tal razón se presumen ciertas las manifestaciones que haga constar en los instrumentos y demás documentos que autorice. Por ese motivo, los actos en los que interviene tendrá que establecerlos con sujeción a las regulaciones del Código Notarial. Desde esa perspectiva, los requisitos esenciales para que un notario ejerza la función notarial, y que fueron analizados y definidos en la Directriz número 002-99, de las diez horas del siete de enero último, también comparten de esa cualidad. Esto quiere decir que en tanto la fe pública se ejerza dentro de este cuadro fáctico-jurídico, su eficacia participa de una existencia real, impregnada en los efectos sustantivos de los instrumentos públicos que él autorice. Lo anterior es una causa-efecto mediante la cual la permanencia del acto se manifiesta en toda su expresión. Por eso, la ley asegura que por sí mismo el acto produce los efectos jurídicos que deban derivarse de las voluntades de los otorgantes. De esa dicotomía, tanto la habilitación otorgada por medio de la Autoridad respectiva, cuanto la legitimidad con que la ley reviste al notario, se nutren de un mismo origen: la potestad de imperio que funciona conforme se indicó anteriormente. Esto hace que la ley prevalecerá (sic) por encima de cualquier situación, o circunstancia que provenga de ese funcionario desde su aspecto personal. De esto se deduce que la función notarial tal y como está concebida en el código rector de la materia, no podrá ser objeto de variación ni modificación en su esencia. La condición profesional es invariable desde su origen y como tal, debe infundir la certeza que de ésta se derive, que solo se asegura al

usuario por medio de un ejercicio notarial libre, ético, que evoque siempre una conducta conciliadora entre las partes ofreciendo su servicio desde esa dimensión y mediante un medio real y sustancial en donde pueda ser habido. Es por eso que la oficina abierta al público es un requisito esencial para su ejercicio, de ahí que la omisión en ese aspecto le depare un impedimento para ejercer la función (artículo 4, inciso b).

V.- Los deberes y obligaciones que el Notario debe cumplir son resultantes de la normativa a que está sometido, por eso, está obligado a prestar los servicios en el momento en que se requieran, de lo cual solo puede excusarse por causa justa, moral o legal. Debe entenderse que los elementos de esa prestación: imparcialidad de la actuación, solicitud de parte interesada, sin sujeción a horario, y el secreto profesional, son los bastiones que junto con la oficina abierta, impregnan a la función notarial, de un carácter de indepedencia insoslayable, de forma tal que no podrán ser objeto de variación, ni mucho menos de interpretación para equiparar la ausencia de alguno de esos elementos, con otros extraños a esos requerimientos. La imparcialidad de la actuación se deriva del hecho de que el notario público asesora a las personas sobre la correcta formación legal de su voluntad. Mantiene una exigencia de la ley que asegura a las personas que recurren a su oficina, de interpretar y adecuar sus voluntades, de conformidad con el ordenamiento jurídico. Igualmente de informar el valor y trascendencia legales de sus renuncias. Su intervención desde esa óptica motiva un sentimiento de un verdadero "Juez" que asegura una ponderación adecuada, entre las voluntades de quienes solicitan sus servicios y la debida aplicación de la Ley. Esto porque esa función le obliga a afirmar hechos que ocurran en su presencia y comprobarlos dándoles carácter de auténticos. En el mismo sentido de que se presume que el notario público ha identificado debidamente a las partes, intérpretes y testigos de conocimiento, así como que los testigos instrumentales y su capacidad son conocidos por él (artículo 95 del Código Notarial). La imparcialidad no es de mutuo propio, es un deber ser del fedatario público, una actitud responsable y permanente para con la función pública por parte del sujeto material, que por encima de todo, estará obligado a velar porque exista una ponderación adecuada en su asesoramiento, de manera que siempre tienda a salvaguardar la fe pública para la cual fue habilitado legalmente, como fin primordial en la prestación del servicio. El despliegue de esa imparcialidad no se admite como un medio, sino como un elemento esencial, ligado con el lugar estable y continuamente abierto para ofrecer el servicio respectivo. Bajo ese esquema el legislador fue claro en advertir que le está vedado al notario público atender asuntos profesionales particulares en las oficinas de la Administración Pública. El fin que persigue el espíritu del código es el de rescatar la imparcialidad, así como la independencia de que debe gozar el notario para un debido ejercicio. La disponibilidad como causa de lo anterior, también define una particularidad de ese funcionario público, y es que para el debido asesoramiento dentro de su competencia el artículo 34 admite el verbo en función de presente, de manera que dentro de su asesoramiento está la de efectuar todas las diligencias que le encomienden, como lo son entre otras, la de realizar los estudios registrales, así como la de tramitar los asuntos a que se refiere el Título VI del Código Notarial. En fin, todas aquellas funciones que demandan la presencia del notario en lugares que de conformidad con las instituciones con las que el mismo tiene relación, que mantienen un régimen de horario similar, provocaría que aquel notario que se encuentre sujeto a horario no podría ejercer la función conforme ella lo demanda y ese régimen de horario estaría promoviendo la superposición horaria no permitida en la normativa vigente (inciso d) del artículo 5).

VI.- Los vocablos de prohibición y dedicación exclusiva con respecto a la función notarial, presuponen los postulados siguientes: a) que para el ejercicio de notario es imprescindible el título de abogado debidamente incorporado, b) que la dedicación exclusiva se deriva de un acto de disposición del interesado y de la aprobación de la contra-parte mediante un pago adicional a su salario, y c) que la prohibición emerge cuando el carácter del cargo así lo define. Desde el contexto de esta directriz, la función notarial conforme ha quedado expuesto en líneas atrás, no podrá ser objeto de modificación alguna. Esto quiere decir que observando los requisitos esenciales que define el código para el ejercicio notarial, en relación con aspectos de interés del notario, no podrá establecer dentro del uso de la fe pública, modalidad alguna que establezca excepciones desde su habilitación y del cuadro fáctico aludido anteriormente.

VII.- Así como el impedimento para tener oficina abierta no está admitido desde el solo ámbito del espacio físico, según se indicó líneas arriba, tampoco la modalidad del pago que se le haga al notario público (honorarios) define por sí el significado del carácter del acto de habilitación propiamente dicho. Sin embargo, por la liberalidad e imparcialidad del ejercicio de la función

pública y en aras de dar seguridad al usuario, así como al notario público, la ley ha admitido el cobro por honorarios mediante el sistema de Arancel (artículo 166 del Código Notarial). Se hace referencia a lo anterior tomando en cuenta que esa norma está vigente y es de aplicación obligatoria. No obstante, no es el honorario el que define el carácter de ese funcionario público, es la habilitación la que define en el Notario Público una conducta preconstituida, dirigida a enmarcar su actitud a ciertos esquemas que le imponen la legitimidad de que está revestido y que fueron expuestas anteriormente en este análisis. Por eso no es la dedicación exclusiva la que impide ese ejercicio, es la liberalidad de ella la que impone deberes éticos para dar el servicio conforme a derecho. Las necesidades económicas que eventualmente tenga el profesional bajo el régimen de dedicación exclusiva, no son admitidas dentro del esquema fáctico comentado, ni mucho menos dentro del carácter propio de la fe pública. La ética profesional exige dentro de ese esquema, ejercer la profesión conforme lo define el Código. Ciertamente, para el ejercicio del notariado se exige el requisito de ser abogado debidamente incorporado, y en el caso de que por incumplimiento de deberes o por haber sido suspendido como abogado, la medida se mantendrá durante todo el tiempo que subsista la causa en cuanto a su condición de notario. Sin embargo, no es dable advertir por lo antes dicho, que si el abogado-notario está contratado bajo el régimen de dedicación exclusiva, tal condición se refiere a la de abogado, no así a la de notario. Sobre el particular, de este impedimento solo se excluye a quien no perciba dedicación exclusiva o prohibición de ninguna clase (así artículo 5, inciso d). De lo expuesto se infiere que la dedicación exclusiva o cualquier sobresueldo o compensación económica que se formule como un pago adicional al salario del profesional bajo ese régimen, es un obstáculo para el ejercicio de la función notarial, cuya remuneración no podrá ser objeto de modalidad distinta a la dispuesta por el artículo 166 del Código Notarial. Aun cuando el notariado público es una profesión distinta e independiente a la de abogacía, lo cierto del caso es que la dedicación exclusiva desde esa última, es una condición admitida en su relación laboral por una decisión personal de ese profesional en su doble condición de abogado y notario, pues no podrá aislar y limitar la fe pública habilitada como notario, toda vez que la decisión antes indicada participa de su consentimiento, y no debe entenderse que utilice la legitimidad que le asiste como notario, para pretender hacer reserva de la ley donde no la existe, y mucho menos comprometer la función notarial a un tiempo y espacio definido por la causa y efecto de esa dedicación que hace desde su propia potestad. Como la palabra lo indica, su decisión define una dedicación especial que aparte de lo dicho atrás, le será materialmente imposible realizar el ejercicio de esa función según lo prevé el Código Notarial y así se ha expuesto a lo largo de esta directriz. Al igual de lo anterior, la supervisión que ejercería quien contrate al notario público, riñe con las normas vigentes en la materia, según se analizará en un considerando posterior. Por esas razones aquel profesional que esté bajo el régimen de dedicación exclusiva deberá cesar en sus funciones notariales que conforman tanto la cartulación cuanto los actos extraprotocolares; en caso de que no lo haga, la Dirección tiene la facultad de hacerlo oficiosamente cuando sea de su conocimiento.

VIII.- Las consecuencias de la inobservancia de este impedimento, son diversas, y afectan tanto al profesional cuanto a los usuarios. El régimen disciplinario contenido en el Código Notarial, establece una sanción de seis meses y hasta por tres años, a aquel notario que en los casos previstos en el artículo 144, ocasione con su actuación daños o perjuicios materiales o económicos a terceros, excepto si se tratare del cobro excesivo de honorarios; cuando cartule estando suspendido; y si la ineficacia o nulidad de un instrumento público se debe a impericia, descuido o negligencia atribuible a él (asi numeral 145 del Código Notarial). Por su parte, el artículo 126 del mismo cuerpo legal, declara que serán absolutamente nulos y no valdrán como instrumentos públicos, los otorgados ante un notario que haya cesado en sus funciones, salvo si la parte que los hace valer hubiere obrado de buena fe y, al tiempo de otorgarse la escritura, todavía ejerciere sus funciones públicamente. Lo dicho será también aplicable a las actas notariales, por así disponerlo el artículo 101 ibídem. Con respecto a las actas extraprotocolares, estas se definen (numeral 108) como las reproducciones de instrumentos públicos, certificaciones de documentos, piezas de expedientes o de inscripciones, traducciones y cualquier otra actuación o diligencia que el notario público **autorizado por la ley**, lleva a cabo fuera del protocolo. Todo lo anterior, en estricta consonancia con el artículo 70 del mismo cuerpo normativo, cuando consigna que: "Documento notarial es el expedido o autorizado por el notario público o funcionario consular **en el ejercicio de funciones notariales, dentro de los límites de su competencia** y **con las formalidades de ley**" (el resaltado no es del original). Como se aprecia, a lo largo del Código Notarial, el legislador tuvo especial cuidado en tutelar la fe pública y su correcto uso, como garante de la certeza

jurídica que la colectividad espera de todas las actuaciones impregnadas de esa fuerza legal, cuya administración ha sido otorgada por el Estado a los notarios públicos. De allí la importante medida disciplinaria contemplada para quienes realicen funciones notariales sin contar con la aptitud legal para ello.

IX.- La finalidad de esta Dirección, es organizar adecuadamente en todo el territorio costarricense, tanto la actividad notarial, cuanto su vigilancia y control (así artículo 22 del Código Notarial). Esta función administrativa típica, en unión de las atribuciones contenidas en el artículo 24 de la Ley 7764, constituye un poder-deber cuya delegación en otros entes públicos o privados, no se encuentra autorizada en la ley, y en consecuencia cualquier acto tendente a la desconcentración de esa potestad, violentaría el principio de legalidad que sujeta a todos los órganos, entes y funcionarios públicos en el cumplimiento de sus actividades. Asimismo, examinando el ejercicio del régimen disciplinario sobre los notarios, el artículo 138 del Código Notarial, establece en forma diáfana que serán esta Dirección y los órganos jurisdiccionales especializados del Poder Judicial, los únicos competentes para imponer sanciones a los notarios públicos por las faltas cometidas en el ejercicio de esta función. Admitir que el notario público puede sujetarse a relación laboral o de servicio alguna, implicaría imponerle la subordinación jurídica propia de este tipo de nexos, lo cual implicaría depositar en sus patronos o superiores, la potestad disciplinaria, lo cual, como se vio, legalmente no es posible. Resolver lo contrario constituye una grosera violación al ordenamiento jurídico, además de una evidente omisión por parte de esta autoridad en el ejercicio de sus atribuciones legales, contenidas en los artículos 22 y 24 de la Ley 7764, todo lo cual reafirma una vez más el razonamiento jurídico desarrollado a lo largo de esta resolución.

X.- Como corolario de todo lo expuesto se concluye: 1.- Que la potestad de imperio ejercida por medio del ente encargado de habilitar a los notarios públicos, impregna en ese funcionario público, la legitimidad para el ejercicio de la función notarial. 2.- Que la función notarial ha sido y es conceptualizada desde ella misma como un principio-deber de legalidad que exige del Notario Público un ejercicio eficiente, idóneo y moral. 3.- Que el ejercicio de esa función la debe realizar el notario público sin sujeción alguna en su esencia. 4.- Que tomando en cuenta que su habilitación emerge de la potestad de imperio, en materia de cese o inhabilitaciones la que sufre la suspensión, es la aptitud legal del notario público y no su condición de tal. 5.- Que la habilitación del notario público es totalmente independiente de cualquier limitación laboral a la que se exponga en su condición personal. 6.- Que los efectos de la fe notarial y su competencia material son permanentes en tiempo y espacio y no podrán ser objeto de variación en su esencia. 7.- Que los deberes y obligaciones que el notario debe cumplir son resultado de la normativa a que está sometido, razón por la que su cumplimiento no depende de él sino de las circunstancias y efectos que emergen de su legitimidad. 8.- Que la obligatoriedad de contar con oficina está admitida desde el postulado anterior. Además que junto con los requisitos esenciales analizados en la directriz 002-99, son permanentes e invariables. 9.- Que la oficina va ligada con el lugar estable y continuamente abierto para que el notario público ofrezca el servicio respectivo. 10.- Que el régimen de dedicación exclusiva, prohibición o de cualquier otra forma que se le denomine, desde su propio origen, constituye una limitación al libre ejercicio de la función notarial propiamente dicha. 11.- Que la función notarial no podrá ser objeto del régimen de dedicación exclusiva, y para esos efectos no está aislada del profesional en derecho. 12.- Que la fiscalización en el ejercicio de la función notarial recae exclusivamente en la Dirección Nacional de Notariado y en los tribunales especializados, y no puede ser delegada en otras personas físicas o jurídicas, lo cual no es posible por legalidad. 13.- El ejercicio del régimen disciplinario de los notarios públicos, recae exclusivamente en la Dirección Nacional de Notariado y en los órganos jurisdiccionales especializados. Toda delegación de este poder en sujetos de derecho privado, desprovistos de la potestad de imperio, resulta contraria a la ley.

POR TANTO:

Con fundamento en las citas de derecho y consideraciones expuestas, se declara que la potestad de imperio ejercida por este despacho al habilitar a los notarios públicos, impregna en ese funcionario público, la legitimidad para el ejercicio de la función notarial, que se conceptualiza como un principio-deber de legalidad que exige del notario público un ejercicio eficiente, idóneo y moral, sin sujeción alguna en su esencia. El cese o inhabilitación suspende la aptitud legal del notario público y no su condición de tal. La habilitación del notario público es totalmente independiente de cualquier limitación laboral a la que se exponga en su condición personal. Los efectos de la fe notarial y su competencia material son permanentes en tiempo y espacio y no podrán ser objeto

de variación en su esencia. Los deberes y obligaciones que el notario debe cumplir son resultado de la normativa a que está sometido, y su cumplimiento no depende de él sino de las circunstancias y efectos que emergen de su legitimidad. Todo notario apto está obligado a contar con oficina abierta al público, la cual va ligada con el lugar estable y continuamente abierto para que el notario público ofrezca el servicio respectivo. Los regímenes de dedicación exclusiva o prohibición, de cualquier forma que se les denomine, desde su propio origen, constituyen una limitación al libre ejercicio de la función notarial propiamente dicha, y esta no podrá ser objeto de estas modalidades. Los notarios públicos que sirvan cargos en cualquier dependencia del Sector Público, incluso en las estructuradas según modelos organizacionales del Derecho Privado, y que no encuadren dentro de las excepciones contenidas en el artículo cinco del Código Notarial, se encuentran impedidos para el ejercicio del notariado, ya sea en actos protocolares o extraprotocolares. El ejercicio del régimen disciplinario sobre los notarios públicos, es competencia exclusiva de esta Dirección y los órganos jurisdiccionales especializados. Esta competencia no puede delegarse en sujetos de derecho privado, desprovistos de la potestad de imperio. Procédase a declarar el cese voluntario de los profesionales que así lo soliciten y díctese el cese forzoso de los notarios a quienes asista impedimento y sean renuentes en formular dicha solicitud. Comuníquese la presente resolución a los bancos del Sistema Bancario Nacional, al Registro Público, Registro Civil y Archivo Nacional. Se previene a todos los notarios impedidos, que deberán proceder al inmediato depósito ante el Archivo Notarial de su actual tomo de protocolo, acreditándolo así a esta Dirección mediante el comprobante original, bajo el apercibimiento de que en caso de omisión, en su oportunidad se resolverá lo que en derecho corresponda. Publíquese por una vez en el Boletín Judicial. **Licda. Alicia Bogarín Parra, Directora.**

DIRECTRIZ Nº 006-99 **Hora: 10:00 h**
Fecha: 10 de marzo de 1999

ADICIÓN A LAS DIRECTRICES 001-98 Y 004-98 PARA FIRMA DE TOMOS DE PROTOCOLO Y CERTIFICACIONES

R E S U L T A N D O:

ÚNICO.- Que por directrices números 001-98 y 004-98, ambas de las diez horas del veintitrés y veinticinco de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, respectivamente, se autorizó a los licenciados Everardo Chaves Ortiz y Alexis Vargas Soto, Abogados Asistentes de esta Dirección, para suscribir las razones de apertura de los tomos de protocolos así como las certificaciones extendidas por este despacho; y,

C O N S I D E R A N D O:

ÚNICO.- Que las citadas directrices autorizaron a los licenciados Everardo Chaves Ortiz y Alexis Vargas Soto, para el desempeño de las funciones indicadas, atendiendo a su condición de Abogados Asistentes de la Dirección Nacional de Notariado. Tomando en cuenta que dichos funcionarios pueden ausentarse de sus labores en virtud de disfrute de licencias con o sin goce de salario o vacaciones, entre otras, sin que sus sustitutos puedan llevar a cabo dichas funciones por no estar autorizados, se estima procedente adicionar las mencionadas directrices, en el sentido de que las funciones de suscripción de las razones de apertura de los tomos de protocolos así como de las certificaciones extendidas por este despacho, pueden ser ejecutadas por todos aquellos funcionarios que ocupen las plazas de Abogado Asistente de esta Dirección, sean estas ordinarias o extraordinarias.

P O R T A N T O:

Se adicionan las directrices números cero cero uno- noventa y ocho y cero cero cuatro- noventa y ocho, ambas de las diez horas del veintitrés y veinticinco de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, respectivamente, en el sentido de que las funciones de suscripción de las razones de apertura de los tomos de protocolos así como de las certificaciones extendidas por este despacho, pueden ser ejecutadas por todos aquellos funcionarios que ocupen las plazas de Abogado Asistente de esta Dirección, sean estas ordinarias o extraordinarias. **Licda. Alicia Bogarín Parra, Directora.**

DIRECTRIZ Nº 99-008 **Hora: 7:33 h**
Fecha: 25 de marzo de 1999

SEÑALAMIENTO DE OFICINA DEL NOTARIO EN AUDIENCIAS DENTRO DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL NO CONTENCIOSA

R E S U L T A N D O:

ÚNICO.- Que el licenciado Farid Beirute Brenes, Procurador General Adjunto de la República, mediante oficio PGA-064-99, solicita que esta Dirección considere

la posibilidad de emitir lineamiento, de acatamiento obligatorio para los Notarios Públicos, en el sentido de que ante casos de ejercicio de la competencia en actividad judicial no contenciosa, en los cuales debe darse audiencia a la Procuraduría General de la República, los profesionales cartularios señalen, expresa y claramente, en su nota de remisión a ese ente, la dirección exacta de la oficina en la que deben ser enviados los documentos y apersonamiento del Procurador designado para atender el caso particular; y,

CONSIDERANDO:

I.- Esta Dirección tiene como finalidad organizar adecuadamente, en todo el territorio costarricense, tanto la actividad notarial, cuanto su vigilancia y control. Dentro de las normales actividades notariales y con ocasión del Título VI de la Ley 7764 —Código Notarial— los fedatarios públicos pueden tramitar diversos asuntos de actividad judicial no contenciosa, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 129 y siguientes de ese cuerpo legal.

II.- El notario público activo, se encuentra obligado a mantener oficina abierta para la prestación de sus funciones, además de otras obligaciones y deberes resultantes del Código Notarial. Parte de estas obligaciones y deberes, lo constituye la fiel observancia obligatoria de los lineamientos emitidos por esta Dirección, para una prestación de servicios eficiente y segura (artículo 24, inciso d) del Código Notarial), y la omisión en el cumplimiento de ese deber, puede acarrearles la imposición de hasta un mes de suspensión en el desempeño de sus funciones notariales, según lo establece el inciso b) del artículo 143 del citado código, lo cual deberá ser analizado y resuelto por este despacho, a la luz del caso concreto (numeral 140 ibídem).

III.- El surgimiento de la figura de la competencia en actividad judicial no contenciosa, obedece al espíritu del legislador de descongestionar los tribunales de justicia, alejando de los estrados judiciales, aquellos casos en que no existe confrontación entre las partes intervinientes, lográndose además una solución más ágil e inmediata a las cuestiones legales surgidas con respecto a los asuntos enumerados en el artículo 129 del Código Notarial, ventilables en esa sede no contenciosa. La imposible o difícil localización del notario, por parte de la Procuraduría General de la República, así como de cualquier otra institución pública interviniente en el proceso, hace nugatorio este interés, con el consecuente perjuicio para los interesados y la colectividad, como destinataria última de un eficiente servicio público, cual es el notariado. De allí que se estima acertada la petición formulada por el señor Procurador General Adjunto de la República y en consecuencia, resulta procedente emitir la presente directriz, para que todos aquellos notarios públicos ante quienes se tramiten asuntos dentro de la competencia en actividad judicial no contenciosa, al conceder audiencia a cualquier órgano o ente público, así como también a sujetos de derecho privado, señalen expresa y claramente, la dirección exacta de la oficina en que deben ser enviados los documentos y apersonamiento de los órganos o entes públicos, o deban dirigirse los sujetos de derecho privado, para atender el caso particular. Es entendido que si surgiere alguna modificación en el asiento de su oficina, el notario público deberá comunicarlo en forma inmediata a quienes se haya dado parte en el proceso, con indicación del número de expediente y tipo de asunto, para los fines consiguientes. Lo anterior, bajo el apercibimiento de que en caso de omisión, podrían ser sujetos del ejercicio del régimen disciplinario. A efectos de que sea conocida, la presente directriz deberá publicarse por una vez en el Boletín Judicial.

POR TANTO:

Todos aquellos notarios públicos ante quienes se tramiten asuntos dentro de la competencia en actividad judicial no contenciosa, al conceder audiencia a órganos o entes públicos, así como también a sujetos de derecho privado, señalarán expresa y claramente, la dirección exacta de la oficina en que deben ser enviados los documentos y apersonamiento de esos órganos o entes públicos, o deban dirigirse los sujetos de derecho privado, para atender el caso particular. Es entendido que si surgiere alguna modificación en el asiento de su oficina, el notario público deberá comunicarlo en forma inmediata a quienes se haya dado parte en el proceso, con indicación del número de expediente y tipo de asunto, para los fines consiguientes. Los notarios omisos en el cumplimiento de la presente directriz, podrán ser sujetos del régimen disciplinario vigente. Publíquese íntegramente por una vez en el Boletín Judicial. **Licda. Alicia Bogarín Parra, Directora.**

DIRECTRIZ Nº 99-009 **Hora: 10:00 h**

Fecha: 7 de abril de 1999

TRAMITACIÓN DE PROCEDIMIENTOS EN ACTIVIDAD JUDICIAL NO CONTENCIOSA

R E S U L T A N D O:

I.- Que el Título VI del Código Notarial, permite a los notarios públicos el ejercicio de competencia en actividad judicial no contenciosa.

II.- Que la tramitación de asuntos en esa sede, requiere de una uniformidad general; y,

C O N S I D E R A N D O:

I.- La competencia material de los notarios públicos en actividad judicial no contenciosa, está destinada al trámite de sucesiones testamentarias y ab intestato, adopciones, localizaciones de derechos indivisos sobre fincas con plano catastrado, informaciones de perpetua memoria, divisiones de cosas comunes, en forma material o mediante la venta pública, distribución del precio, deslindes y amojonamientos y consignaciones de pago por sumas de dinero.

II.- El artículo 130 del Código Notarial dispone que para el trámite de los asuntos, las actuaciones notariales se ajustarán a los procedimientos y las disposiciones previstas en la legislación. Dentro de estos procedimientos, se encuentra el dar audiencia a sujetos de derecho público o privado, sobre el particular, esta Dirección, en directriz número 009-99, de las diez horas del siete de abril de mil novecientos noventa y nueve, dispuso: *"Todos aquellos notarios públicos ante quienes se tramiten asuntos dentro de la competencia en actividad judicial no contenciosa, al conceder audiencia a órganos o entes públicos, así como también a sujetos de derecho privado, señalarán expresa y claramente, la dirección exacta de la oficina en que deben ser enviados los documentos y apersonamiento de esos órganos o entes públicos, o deban dirigirse los sujetos de derecho privado, para atender el caso particular. Es entendido que si surgiere alguna modificación en el asiento de su oficina, el notario público deberá comunicarlo en forma inmediata a quienes se haya dado parte en el proceso, con indicación del número de expediente y tipo de asunto, para los fines consiguientes. Los notarios omisos en el cumplimiento de la presente directriz, podrán ser sujetos del régimen disciplinario vigente..."*

III.- Como consecuencia del despliegue de actividades en esta sede, el notario puede encontrarse obligado al manejo de sumas de dinero relacionadas con esos asuntos. Esta Dirección se ha ocupado del tema, al resolver consulta por medio de la resolución número 0401-99, de las quince horas cincuenta y un minutos del catorce de mayo de mil novecientos noventa y nueve, en que virtió el siguiente criterio: *"Una solución viable, resulta de que el notario, al abrir el proceso sucesorio, ordene la apertura de una cuenta particular a su nombre, en donde se manejarán únicamente los dineros relativos a ese específico proceso, todo lo cual se hará constar en el expediente respectivo. Así, los estados de cuenta, con reflejo de los depósitos y retiros realizados, se encontrarán materialmente disponibles en el legajo para todos los efectos legales correspondientes. Es entendido que la cuenta deberá cerrarse una vez concluido el proceso que se conoce."*

IV.- El relacionado Título VI, obliga al profesional tramitante, a la formación de un expediente, con observancia de todos los requisitos legales y de conformidad con el artículo 131 ibídem, una vez finalizado el asunto, este deberá remitirse al Archivo Judicial para su custodia definitiva. En su necesaria relación, los artículos 19 y 20 de la Ley 6723 "Ley del Registro y Archivos Judiciales", establecen que no podrán salir de esa dependencia del Poder Judicial, los expedientes bajo su custodia, excepto cuando sean pedidos por los tribunales judiciales, por un período no mayor a treinta días, salvo si se tratare de continuar su tramitación, o para resolver gestiones de las partes.

V.- De conformidad con lo expuesto en el considerando anterior, y tomando en cuenta que los procesos tramitados en sede notarial no contenciosa pueden ser objeto de una eventual reapertura (vgr. los procesos sucesorios), y en virtud de que el Archivo Judicial no está autorizado legalmente a entregar al notario el expediente para que lo lleve consigo por su sólo pedimento, se estima imprescindible la intervención de la Dirección Nacional de Notariado, la cual sí puede solicitar al Archivo que entregue al notario el legajo para los fines consiguientes, previa solicitud del profesional tramitante.

VI.- El notario público, al hacer uso de su competencia en actividad judicial no contenciosa, por ministerio de ley pasa a desempeñar funciones propias de los tribunales de la República, de allí su obligación de ajustarse a las formas y procedimientos legalmente establecidos. La correcta confección del expediente debe ser por ello, motivo de pronunciamiento por parte de esta Dirección. Si bien es cierto, la Corte Plena en su sesión número 33-95, celebrada el once de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, artículo XXIV, acordó que todas las

oficinas judiciales deben utilizar papel tamaño carta, el artículo 76 del Código Notarial, exige a los cartularios que sus actuaciones deberán plasmarse en papel tamaño oficio, mismo que deberá contener los mecanismos de seguridad dispuestos por esta Dirección. El uso del papel de seguridad en tamaño oficio, será obligatorio a partir del siete de setiembre de mil novecientos noventa y nueve, de tal manera que por disposición legal, los expedientes tramitados en sede notarial deberán ajustarse al tamaño oficio, en la forma que más adelante se dirá.

VII.- En consonancia con lo expuesto, se estima necesaria la elaboración de un instructivo para la confección de expedientes tramitados en sede notarial no contenciosa, así:

"INSTRUCTIVO PARA LA CONFECCIÓN Y CUSTODIA DE EXPEDIENTES TRAMITADOS EN SEDE NOTARIAL NO CONTENCIOSA"

1.- Los folios del expediente deben estar cosidos (no prensados) a una carátula frontal y a otra final de igual material que la primera.
2.- Cada folio deberá contener en su esquina superior derecha, el sello blanco del notario tramitador y el número respectivo de foliatura.
3.- En todas las actuaciones notariales, debe utilizarse el papel de seguridad debidamente autorizado por la Dirección Nacional de Notariado, tamaño oficio.
4.- No se deberán coser ni adjuntar copias y documentos duplicados de las actuaciones realizadas.
5.- Tanto la carátula frontal, cuanto la final deberán ser de cartulina gruesa, no menor de veinte micras o de un calibre diez a doce.
6.- La carátula frontal deberá contener la siguiente información:
   a) Número de expediente.
   b) Año de inicio.
   c) Nombre completo del notario.
   d) Número de carné (distinguirá a los notarios de igual nombre y apellidos).
   e) Asunto del que trata.
   f) Nombre completo de todas las partes.
7.- El notario llevará personalmente el expediente al Archivo Judicial, o bien, por medio de tercero debidamente identificado. Se prohibe el envío del legajo utilizando cualquier clase de servicio postal o de encomienda.
8.- El Archivo Judicial acusará recibo del expediente, y posteriormente hará llegar al notario la información correspondiente de su clasificación para su eventual solicitud o consulta posterior.
9.- El notario aportará al Archivo Judicial los datos que sean necesarios para una localización posterior (números de teléfono, fax y apartado postal). Esta obligación se mantendrá mientras no se cuente con los medios tecnológicos necesarios que permitan el acceso del Archivo a la base de datos del Registro Nacional de Notarios de la Dirección Nacional de Notariado.
10.- Una vez ingresado el expediente al Archivo Judicial, su préstamo se realizará solo en las instalaciones del Archivo, en los términos indicados en los artículos 13 y 20 de la Ley Nº 6723 "Ley del Registro y Archivos Judiciales", salvo petición expresa formulada por la Dirección Nacional de Notariado, previa solicitud ante ésta del notario tramitador, si fuere necesaria su reapertura. Una vez finalizado nuevamente el asunto, el profesional cartulario deberá devolver el expediente al Archivo y poner esta circunstancia en conocimiento de la Dirección Nacional de Notariado. El Archivo remitirá a la Dirección un listado trimestral de los expedientes que aún no hayan sido devueltos, para lo que en derecho corresponda.
11.- Se utilizará preferentemente el formato de carátula que sugiera el Archivo Judicial, cuyo diseño será puesto a disposición de los notarios según motivos de conveniencia y oportunidad.

Transitorio único: Mientras no esté a disposición de los notarios públicos el papel de seguridad exigido en el aparte 3 de este instructivo, podrá continuarse en el uso de papel común, ya sea este tamaño carta o de oficio.

VIII.- En cuanto al tema de la homologación en asuntos propios de la materia de familia, esta Dirección al resolver consulta formulada por el Tribunal Supremo de Elecciones, mediante resolución Nº 0265-99, de las ocho horas del trece de abril de mil novecientos noventa y nueve, dispuso: "*...que los trámites de adopción realizados en sede notarial no deben ser homologados por un Juez de Familia, ya que como se expuso, es responsabilidad del notario ajustarse al procedimiento que establece la ley*". Ello así, al tomar en cuenta la condición de "juez" que adquiere el notario en la competencia en actividad judicial no contenciosa. Es entendido que tratándose de menores, no podrá emplearse esta vía, por no permitirlo así el artículo 129 del Código Notarial.

IX.- Que al analizar el caso específico de las sucesiones, en resolución número 0301-99, de las once

horas treinta y cinco minutos del veintiuno de abril de mil novecientos noventa y nueve, esta Dirección, dejó sentado que el notario debe aplicar el procedimiento establecido en el Código Procesal Civil para el sucesorio extrajudicial, aplicando, en cuanto sea éste omiso y de forma supletoria, el procedimiento para sucesorio judicial.

X.- Que se conoció de consulta formulada en cuanto a la facultad del notario tramitador de la actividad judicial no contenciosa, para protocolizar las actuaciones desplegadas dentro de ese procedimiento, y por resolución número 0397-99 de las catorce horas del once de mayo. Así las cosas, y tomando en cuenta que el Código Notarial establece que las actuaciones en esta sede serán extraprotocolares, con excepción de aquellas que sí requieran de esta solemnidad, resulta claro que el notario que tramita un procedimiento de localización de derechos indivisos, tiene competencia para otorgar la escritura que menciona el artículo 8 de la citada ley. Es entendido que por extensión este mismo criterio rige para los demás asuntos susceptibles de conocimiento en actividad judicial no contenciosa.

XI.- En cuanto al nombramiento de peritos, esta Dirección, en resolución de las dieciséis horas siete minutos del siete de enero de mil novecientos noventa y nueve, al tratar el tema del nombramiento de peritos en sede notarial, concluyó que lo correcto, es que el notario realice la designación, con apego a lo establecido en el derecho instrumental, siendo altamente conveniente, solicitar a la Dirección Ejecutiva del Poder Judicial, la recomendación de algún perito de las listas oficiales que ese despacho confecciona.

P O R T A N T O:

En la tramitación de asuntos de competencia en actividad judicial no contenciosa, los notarios públicos deberán acatar lo dispuesto en la directriz número 009-99, de las diez horas del siete de abril de mil novecientos noventa y nueve, con respecto a las audiencias que allí se presenten. Para el manejo de dineros provenientes de estos procesos, el notario público deberá abrir una cuenta corriente o de ahorros única para cada asunto, todo lo cual hará constar en el expediente respectivo. Para la conformación del legajo, su depósito en el Archivo Judicial, consulta posterior, o reapertura del proceso, debe seguirse el Instructivo para la confección y custodia de expedientes tramitados en sede notarial no contenciosa, aquí contenido. Para la tramitación de sucesiones en sede notarial, debe seguirse el procedimiento establecido en el Código Procesal Civil para el sucesorio extrajudicial, aplicando, en cuanto sea éste omiso y de forma supletoria, el procedimiento para sucesorio judicial. El notario tramitador de la actividad judicial no contenciosa, tiene plena facultad para protocolizar las actuaciones desplegadas dentro de ese procedimiento. El nombramiento de peritos en sede notarial, debe realizarlo el notario, con apego a lo establecido en el derecho instrumental, siendo altamente conveniente, solicitar a la Dirección Ejecutiva del Poder Judicial, la recomendación de algún perito de las listas oficiales que ese despacho confecciona. Publíquese por una vez en el Boletín Judicial. **Licda. Alicia Bogarín Parra, Directora.**

DIRECTRIZ Nº 99-010 Hora: 10:00 h
Fecha: 23 de junio de 1999

CORRECCIÓN ERROR MATERIAL DE LA DIRECTRIZ 99-010

R E S U L T A N D O:

1.- Que esta Dirección, a las diez horas del veintitrés de junio, emitió la Directriz número 99-0010, referida a los procedimientos atinentes a la actividad judicial no contenciosa.

2.- Que se han podido detectar errores materiales en el contenido de esa resolución, y;

C O N S I D E R A N D O:

I.- El ordenamiento jurídico permite al emisor de un acto administrativo o jurisdiccional, la corrección —en cualquier tiempo— de los errores puramente materiales que convieren (sic) sus resoluciones (así artículos 157 de la Ley General de la Administración Pública y 161 del Código Procesal Civil).

II.- Que en el punto diez del "Instructivo para la confección y custodia de expedientes tramitados en sede notarial no contenciosa", se consignó la frase: "*Una vez ingresado el expediente al Archivo* ***Nacional***", siendo lo correcto, "*Una vez ingresado el expediente al Archivo* ***Judicial***", pues es esta entidad del Poder Judicial la que por ley debe custodiar los expedientes, y no el Archivo Nacional como erróneamente se indicó.

P O R T A N T O:

Se corrige el error material contenido en la Directriz número noventa y nueve - cero cero diez, de las diez horas del veintitrés de junio, propiamente en el punto diez del "Instructivo para la confección y custodia de expedientes tramitados en sede notarial no contenciosa", donde se consignó la frase: "*Una vez ingresado el expediente al Archivo* ***Nacional***", siendo lo correcto, "*Una vez ingresado el expediente al Archivo* ***Judicial***". Publíquese por una vez en el Boletín Judicial. **Licda. Alicia Bogarín Parra, Directora.**

DIRECTRIZ Nº 99-0010 BIS **Hora: 10:00 h**
Fecha: 20 de julio de 1999

PROCEDIMIENTO DE REALIZACIÓN DE COTEJO

R E S U L T A N D O:

1.- Que la Dirección Nacional de Notariado tiene como finalidad la vigilancia y control de toda la actividad notarial en el territorio nacional.

2.- El artículo 24, inciso d) del Código Notarial, le atribuye a esta Dirección el emitir lineamientos de acatamiento obligatorio, para que los notarios presten sus servicios a los usuarios en forma eficiente y segura, cuyo cumplimiento deberán velar las oficinas públicas encargadas de recibir y tramitar los documentos notariales (sic).

3.- El numeral 125 del Código Notarial establece la posibilidad de cotejo de instrumentos notariales con su respectiva matriz, sin que regule el procedimiento específico a seguir para esa diligencia, y;

C O N S I D E R A N D O:

I.- La figura del cotejo, consiste en la comparación de un instrumento público con la matriz original, a fin de determinar la exactitud del primero con respecto a la segunda. Puede pedirlo todo aquel contra quien se oponga el mencionado instrumento público. También están facultados para solicitar la realización de tal diligencia, tanto los tribunales o dependencias administrativas que detecten alguna anomalía en la fidelidad o exactitud de las reproducciones, comunicando de inmediato la existencia de tal anomalía al órgano disciplinario correspondiente. El artículo 125 del Código Notarial, establece algunas pautas a seguir con respecto al tema aquí comentado, a saber: 1) Si el documento no resulta conforme se estará a lo que indique la matriz. 2) Si no se puede cotejar por destrucción o daño del original, la reproducción hará fe en tanto no se indique lo contrario. 3) El proceso de inscripción de ese instrumento, quedará en suspenso por el plazo que dure el cotejo. 4) Si del cotejo resultare una omisión importante o falsedad, la reproducción se tendrá como ineficaz. Lo anterior sin perjuicio de que la parte interesada reponga el documento correcto. 5) El cotejo lo realizará el Archivo Notarial cuando el tomo de protocolo comprensivo de la matriz se encuentre depositado en esa entidad. Caso contrario le corresponde la realización de esta diligencia a la Dirección Nacional de Notariado. 6) Para esos efectos ambas instituciones citarán al notario y las partes interesadas en las direcciones que consten en el testimonio. Tal citación se llevará a cabo por medio de la vía telegráfica en la que se indicará la hora y fecha señalada para la celebración de ese acto.

II.- Para una comprensión integral del procedimiento de cotejo, se hace necesario establecer los elementos jurídicos componedores de éste. El cotejo —como se dijo líneas arriba— consiste en la comparación de un instrumento público con la matriz original, a fin de determinar la exactitud del primero con respecto a la segunda. Los intervinientes en este acto, serán el funcionario legalmente habilitado para tal efecto, según se trate de la Dirección Nacional de Notariado o el Archivo Notarial, el NOTARIO OTORGANTE y las PARTES INTERESADAS que vienen a ser los comparecientes y cualquiera a quien se le oponga el documento.

III.- SOLICITUD DEL NOTARIO, PARTE INTERESADA O INSTITUCIONES PÚBLICAS: Por tratarse de una diligencia capaz de interrumpir la inscripción del documento a cotejar, deberán observarse ciertas formalidades a fin de proceder rápida y eficazmente. La solicitud deberá contener el nombre completo del notario con sus apellidos, número de escritura, número de tomo y folios de éste en que se encuentra la matriz, y si el volumen se encuentra o no depositado en el Archivo Notarial. A esta solicitud, debidamente suscrita, deberá adjuntarse el original de la reproducción a cotejar y una fotocopia legible de ésta. De conformidad con la Ley de Notificaciones, Citaciones y otras Comunicaciones Judiciales, el petente deberá señalar lugar para atender notificaciones dentro del

perímetro judicial en que tiene asiento esta Dirección, o bien por medio de fax instalado dentro del territorio nacional.

IV.- COTEJO INICIADO DE OFICIO POR LA DIRECCIÓN NACIONAL DE NOTARIADO: Desde el punto de vista de la función fiscalizadora, esta Dirección podrá cotejar o gestionar el cotejo de aquel documento que a su juicio, o de un tercero interesado contenga anomalías en la fidelidad o exactitud. Se efectuará mediante la resolución respectiva, que deberá cumplir con todos los requerimientos vigentes en la materia. De lo expuesto se deduce que podrá ordenarse o solicitarse el cotejo en los siguientes casos: **a)** Si es dentro del trámite de un expediente que sea necesario cotejar algún documento notarial, la resolución que así lo ordene deberá contemplar los requerimientos del artículo 125 del Código Notarial. **b)** A propuesta de esta Dirección en los casos que se tramitan procesos disciplinarios ante los tribunales especializados, en los que la misma es parte. **c)** Aquél que se inicie a requerimiento de quien se oponga un instrumento notarial (sic) para lo cual deberá cumplir con lo indicado al inicio de esta exposición. En todos los casos anteriormente indicados en el presente considerando y el que antecede, si se detectara alguna anomalía en cuanto a la fidelidad y exactitud de las reproducciones, en forma inmediata se formulará la denuncia ante las entidades que corresponda.

V.- PROCEDIMIENTO: Recibida la solicitud u ordenada por autoridad competente, y estando ésta con arreglo a derecho, inmediatamente se comunicará a los registros que correspondan, de la existencia del procedimiento, a fin de que tome las medidas legales propias de su competencia, con observancia de lo dispuesto por el artículo 468 del Código Civil, también se señalará hora, fecha y lugar para la práctica de la diligencia, dando aviso a las partes por la vía telegráfica, a las direcciones que consten en el documento. Tal comunicación deberá concretarse a todas las partes con un mínimo de siete días hábiles previos a la fecha señalada. La diligencia se llevará a cabo en el lugar donde esté ubicada la Dirección Nacional de Notariado o el Archivo Notarial —según corresponda— salvo caso de fuerza mayor aceptado por la autoridad competente. En este último evento, el interesado —de previo— indicará las razones que justifiquen esa fuerza mayor y propondrá el lugar en donde se cumpliría a cabo el acto (sic).

VI.- PRÁCTICA DE LA DILIGENCIA Y FINALIZACIÓN DEL COTEJO: La diligencia se llevará a cabo en la hora, fecha y lugar señalados con las partes presentes. El Director Nacional de Notariado o el Jefe del Archivo Notarial —según corresponda— dirigirá el acto y procederá a dar lectura en voz alta de la matriz, al propio tiempo que un funcionario previamente designado para los efectos del cotejo solicitado, leerá en silencio el instrumento cuestionado, quien de encontrar alguna inexactitud, lo hará notar inmediatamente a fin de que el mencionado Director o Jefe confirme la existencia de esa anomalía. Una vez finalizada la lectura, se levantará un acta que indique los nombres de los presentes, sus calidades y condición en que intervienen, y cualquier otra incidencia que la autoridad competente estime de importancia. De establecerse diferencias entre la matriz y su reproducción, estas se consignarán literalmente, con indicación de la ubicación exacta en la matriz. Si no se determinare diferencia alguna, se hará constar así. Seguidamente el Director o Jefe, según sea el caso, procederá a recolectar las firmas de quienes estuvieren presentes y desearen firmar, dejando constancia de si alguno no quiso hacerlo, luego estampará su firma y dará por concluida la diligencia, cuyo resultado se comunicará en forma inmediata a los registros que correspondan. Es entendido que el trámite llevado a cabo de conformidad con la normativa vigente, es un medio administrativo que permite a las partes intervinientes o contra quienes se oponga un instrumento notarial, realizar una comprobación de la exactitud de éste con respecto de su matriz, sin que un resultado negativo, constituya declaración alguna de falsedad, lo cual es competencia de los Tribunales de la República.

POR TANTO:

El cotejo de un instrumento público con su matriz, podrá iniciarse a solicitud del notario autorizante, todo aquel contra quien se haga valer el documento, por solicitud de instituciones públicas, o por haberlo ordenado así autoridad competente. La solicitud contendrá las formalidades establecidas en la presente directriz y la diligencia se llevará a cabo con observancia del procedimiento desarrollado a lo largo de la parte considerativa de esta resolución. Es entendido que la práctica del cotejo solo constituye una comprobación de la exactitud de una reproducción con respecto a su matriz, sin que un resultado negativo, constituya declaración alguna de falsedad, lo cual es competencia de los Tribunales de la República. **Licda. Alicia Bogarín Parra, Directora.**

DIRECTRIZ Nº 99-0011 **Hora: 10:00 h**
Fecha: 10 de agosto de 1999

TESTIGOS DE CONOCIMIENTO EN LOS MATRIMONIOS CIVILES

R E S U L T A N D O:

1.- Que la Dirección Nacional de Notariado tiene como finalidad la vigilancia y control de toda la actividad notarial en el territorio nacional.

2.- El artículo 24, inciso d) del Código Notarial, le atribuye a esta Dirección el emitir lineamientos de acatamiento obligatorio, para que los notarios presten sus servicios a los usuarios en forma eficiente y segura, cuyo cumplimiento deberán velar las oficinas públicas encargadas de recibir y tramitar los documentos notariales (sic).

3.- Que debido a la problemática presentada con respecto a la naturaleza de los testigos intervinientes en la celebración de matrimonio civil, resulta necesario establecer la denominación que deben tener los mismos, y:

C O N S I D E R A N D O:

I.- El nuevo Código Notarial, al igual que lo hacía la anterior Ley Orgánica de Notariado, regula lo referente a los testigos, que en algunos actos notariales, deben estar presentes. La actuación de estos testigos en el acto notarial, puede darse desde dos aspectos, por un lado, simplemente contarse con su presencia en el acto, mientras que por otro, en algunos casos, estos tendrán una participación más activa, ya que deberán dar fe o manifestar hechos anteriores que a ellos les constan. En el primer supuesto, nos referimos a los testigos instrumentales, y en el segundo a los de conocimiento.

II.- Existen actos en los cuales, por disposición legal es obligatoria la presencia de testigos, según lo requiera el acto a celebrar, estos serán instrumentales o bien de conocimiento. Uno de estos casos, lo es el matrimonio civil. Al efecto, el artículo 28, inciso 1°) del Código de Familia establece dentro de los requisitos para la celebración la comparecencia de "*...Dos testigos idóneos que declaren bajo fe de juramento, sobre la libertad de estado y aptitud legal de los contrayentes...*", y el artículo 31 del mismo cuerpo legal, establece en lo que interesa "*El matrimonio se celebrará ante el funcionario competente y en presencia de dos testigos mayores de edad, y que sepan leer y escribir...*". La problemática se presenta al determinar cuál es la participación de los testigos dentro del acto de matrimonio. Se considera que estos testigos además de estar necesaria y obligatoriamente presentes en la ceremonia, deben, por disposición legal y bajo la fe de juramento, declarar sobre la libertad de estado y aptitud legal de los contrayentes. De tal manera que lejos de ser testigos instrumentales, lo son de conocimiento. Precisamente, porque como se dijo, su participación en el acto deriva de una declaración expresa que tienen que hacer con respecto al conocimiento personal de los contrayentes y su libertad de estado, situaciones estas anteriores al acto celebrado por el notario.

III.- Existen ciertas limitaciones legales que tienen los testigos para intervenir en el acto notarial. Por ejemplo, el artículo 21 de la Ley Orgánica de Notariado, establecía "*El notario no podrá autorizar escrituras en que se consignen derechos a favor de él o de alguno de los intérpretes o testigos instrumentales o de conocimiento, o de sus respectivos cónyuges. Así como de sus ascendientes, descendientes, hermanos, tíos o sobrinos, por consanguinidad o afinidad.*" Véase que con la legislación anterior, tanto los testigos instrumentales cuanto los testigos de conocimiento tenían prohibición expresa de participar en actos en donde los comparecientes fueran sus familiares, o se enmarcaran dentro de los supuestos de parentesco ahí establecidos. Con la nueva legislación, el cuadro fáctico-jurídico sufrió modificaciones, ya que el Código Notarial en su artículo 7, inciso c) establece la prohibición de "*Autorizar actos o contratos, en los cuales tengan interés el notario, alguno de los intérpretes o los testigos* ***instrumentales****, sus respectivos cónyuges o convivientes, ascendientes, descendientes, hermanos, tíos o sobrinos por consanguinidad o afinidad...*" (La negrita no es del original). A mayor abundamiento, el artículo 42 del mismo cuerpo legal, establece en su segundo párrafo lo siguiente: "*...Están relativamente impedidos para ser testigos* ***instrumentales****, quienes tengan interés directo o indirecto en el acto, contrato o negocio, así como el cónyuge, los hermanos, ascendientes o descendientes, hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad, del notario o cualquiera de los otorgantes.*" (El destacado no es del original). Nótese que estas disposiciones, claramente se refieren a ciertas limitaciones que tienen los testigos **instrumentales** de participar como tales en determinados actos, no pudiendo interpretarse de manera alguna, que esas limitaciones alcancen también a los testigos de conocimiento, al no haberlo dispuesto expresamente así el legislador.

IV.- Aunado a todo lo que viene dicho, debe apreciarse que los testigos intervinientes en la celebración

matrimonial, necesaria y obligatoriamente declararán **bajo la fe del juramento**, sobre la aptitud legal y libertad de estado de los contrayentes. Tal manifestación solo podrá extenderse verazmente si se tiene un conocimiento anterior de los futuros cónyuges, y de incurrirse en falsedad alguna, podrá ser sujeto de la acción penal correspondiente. Se tiene entonces, que esta declaración da seguridad y certeza al notario celebrante, para que, en uso de la fe pública conferida por el Estado, realice la unión matrimonial.

V.- En virtud de lo expuesto, se arriba a la conclusión de que los testigos que participan en el acto del matrimonio, son testigos de conocimiento. Por ello, no les alcanzan las prohibiciones establecidas en los artículos 7, inciso b) y 42 del Código Notarial, ya que como se expuso, tales impedimentos son, únicamente, para los testigos instrumentales. Máxime que, es lógico pensar, que las personas idóneas para declarar sobre la aptitud legal y libertad de estado de los contrayentes, son precisamente, los familiares de estos.

P O R T A N T O:

Se declara que los testigos participantes en el acto del matrimonio, son testigos de conocimiento, por ello no les alcanzan las prohibiciones establecidas en los artículos 7, inciso b) y 42 del Código Notarial; declararán bajo la fe del juramento, advertidos de las consecuencias que tal acto conlleva. **Licda. Alicia Bogarín Parra, Directora.**

DIRECTRIZ Nº 99-0013 Hora: 10:00 h
Fecha: 26 de agosto de 1999

INSCRIPCIÓN DE DOCUMENTOS EN EL REGISTRO NACIONAL POR PARTE DE NOTARIOS INHABILITADOS

RESULTANDO:

1.- De conformidad con lo dispuesto por el artículo 22 del Código Notarial, es atribución de la Dirección Nacional de Notariado, vigilar y controlar el correcto ejercicio de estas funciones en todo el país. A ese propósito cabe recalcar que en aras de la certeza y seguridad jurídica, es también interés de este Despacho, tutelar los derechos de la colectividad, manifestados en la voluntad de los otorgantes, quienes de buena fe, acuden ante un notario que públicamente ejerce sus funciones presumen habilitado (sic), ignorando las vicisitudes disciplinarias en que pudiera estar incurriendo dicho profesional.

2.- Esta Dirección, con base en lo que disponen los incisos d) e i) del artículo 24 del Código Notarial, está facultada para emitir directrices y lineamientos de carácter obligatorio, en procura de que los notarios presten sus servicios a los usuarios en forma eficiente y segura.

3.- Que las oficinas públicas encargadas de recibir y tramitar los documentos notariales están en la obligación de velar por el cumplimiento de esas directrices y lineamientos; y,

CONSIDERANDO:

I.- El artículo 22 del Código Notarial, atribuye a esta Dirección, la vigilancia y control de la función notarial en todo el país. Los efectos del desempeño de esta atribución, no se limitan a los profesionales en la rama notarial, sino que se extienden más allá, pues el resultado final de toda actuación desplegada por un notario, incide directamente en quien la solicita, y generalmente, también en la esfera jurídica de terceros. Ello en virtud de que —por la fe pública inherente a estas actuaciones— se presumen ciertas todas las manifestaciones que realice el notario, así como la debida identificación de los comparecientes ante él. ...Para proteger los derechos de las partes otorgantes en los instrumentos públicos autorizados por los notarios en el período de inhabilitación, conviene considerar lo relativo al régimen de nulidades. Sobre el tema, la doctrina señala: "Desde el punto de vista notarial, la nulidad es la incapacidad de un instrumento público para producir efectos jurídicos, por mediar algún vicio en su contenido o en su parte formal." (Salas Marrero O., Derecho Notarial de Centroamérica y Panamá, Editorial Costa Rica, 1973, pág. 251). Eduardo Couture la ha definido como el vicio del que adolece un acto jurídico, cuando se ha verificado con violación o apartamiento de ciertas formas, o con la omisión de los requisitos indispensables para la validez del mismo. Por otra parte considera la nulidad absoluta, como aquella que, por afectar los elementos esenciales del acto, no puede ser convalidada por la confirmación ni subsanada por el transcurso del tiempo (Couture, E.J. Vocabulario Jurídico, Ediciones Depalma, 1976, págs. 423-424). La nulidad produce la ineficacia del instrumento, la cual puede proceder de: a) Que sea nulo el negocio jurídico, como contenido que es del documento (nulidad de fondo, negocial o de contenido) o, b) Puede derivar de que a la confección, redacción, o autorización del documento (portador o representación externa del negocio) le falte uno o algunos de los requisitos esenciales, que la ley

establece como presupuestos para la validez del instrumento (nulidad formal o documental) (Giménez Arnau, E. Derecho Notarial. Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1976, págs. 458-459). Debe tenerse claro que cuando la nulidad atañe al fondo propiamente del instrumento, se rige por la normativa del Derecho Civil, en tanto lo referido a la forma de éste, está regido por disposiciones y principios propios del Derecho Notarial.

II.- La nulidad absoluta puede ser declarada de oficio por la autoridad juzgadora y debe serlo, si ésta es manifiesta, no requiriendo gestión de parte; sin embargo, ello no obsta para que pueda ser alegada por cualquiera que tenga interés, y al ser insubsanable, se considera inexistente el acto que de ésta adolezca. En nuestro derecho positivo, es el artículo 835 el que establece los supuestos en que existe nulidad absoluta en actos y contratos. Situación diferente se presenta con la nulidad relativa que no puede declararse de oficio, pero será subsanable por la confirmación o ratificación del acto por parte de los intervinientes. Según el tratadista Salas Marrero: "...se fundamenta en la necesidad de un interés privado, por lo cual la escritura y las actas, o negocios jurídicos, contenidos en la misma, surten efectos a pesar de que adolecen de algún vicio legal, y pueden ser convalidados mediante el transcurso del tiempo señalado, para la prescripción de la acción ... debe pedirse en forma expresa, por las personas a quienes perjudica, no siendo posible declararla de oficio." (Op. cit., p. 253). En ese sentido, el artículo 836 del Código Civil indica los casos en que es susceptible la nulidad relativa, al señalar que: "Artículo 836.- Hay nulidad relativa y acción para rescindir los actos o contratos:

> 1° Cuando alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia es imperfecta o irregular.
>
> 2° Cuando falta alguno de los requisitos o formalidades que la ley exige teniendo en mira el exclusivo y particular interés de las partes; y,
>
> 3° Cuando se ejecuten o celebren por personas relativamente incapaces."

III.- La normativa anterior y referencia doctrinal, guarda íntima relación con lo que disponen los artículos 126, 127 y 128 del Código Notarial. El numeral 126 se refiere a la nulidad absoluta y en lo que nos interesa, el inciso b) señala: "Nulidad absoluta. Sin perjuicio de las nulidades que procedan conforme a la ley, en atención al cumplimiento de requisitos o condiciones relativos a las personas, los actos o contratos, serán absolutamente nulos y no valdrán como instrumentos públicos:

b) Los otorgados ante un notario que haya cesado en sus funciones, **salvo** si la parte que los hace valer hubiere obrado de buena fe y al tiempo de otorgarse la escritura, todavía ejerciere sus funciones públicamente..." (El resaltado es de la suscrita). Por su parte el 127, relaciona la nulidad relativa y el 128 determina el valor de los documentos anulados al indicar que: "Las escrituras anuladas valdrán como documentos privados de fecha cierta, cuando estén firmadas por las partes, con excepción de las sancionadas con nulidad absoluta en los incisos d) e i) del artículo 126 de este código." En la mayoría de los casos en que se otorga una escritura ante un notario suspendido —por los motivos que fuere—, existe una presunción iuris tantum de que las partes han acudido ante él de buena fe y, porque públicamente ejerce todavía sus funciones, aspecto que solo puede ser desvirtuado en la sede correspondiente. La norma no se refiere al notario que "ha cesado voluntariamente en el desempeño", por cuanto este surge de una manifestación expresa del fedatario de finalizar en forma definitiva sus funciones, como podría ser cuando ocupa un puesto en el cual se le reconoce la dedicación exclusiva o prohibición, y en todo caso, cuando desaparezca el impedimento, se le permite volver a ejercer la función notarial si así lo deseara, o bien cuando sobreviene la muerte. En los demás presupuestos entre los que se incluyen la suspensión o inhabilitación, el notario no pierde su condición de tal sino que le asiste una causa de orden temporal que le impide ejercer su función notarial.

IV.- A su vez, el artículo 1 de la Ley sobre Inscripción de Documentos en el Registro Público establece: "El propósito del Registro Nacional es garantizar la seguridad de los bienes o derechos inscritos con respecto a terceros. Lo anterior se logrará mediante la publicidad de estos bienes o derechos. En lo referente al trámite de documentos, su objetivo es inscribirlos...Son contrarios al interés público las disposiciones o los procedimientos que entorpezcan esos trámites o que, al ser aplicados, ocasionen tal efecto". Asimismo, el artículo 27 de la misma Ley señala que: "Para la calificación, tanto el Registrador General como los tribunales se atendrán tan solo a lo que resulte del título, de los folios reales, mercantiles o personales, y en general de toda la información que conste en el Registro y sus resoluciones no impedirán ni prejuzgarán el juicio sobre la validez del título o de la obligación, acto o contrato que llegare a entablarse."

V.- Nuestro Código Civil (arts. 267 y 268) establece claramente la necesidad de la publicidad registral para el derecho de propiedad, a fin de que surta plenamente efectos jurídicos y, muy especialmente, para la afectación de los terceros. Esto debe entenderse en relación con lo preceptuado en el artículo 459 del mismo Código, que indica los títulos sujetos a inscripción en el Registro de la Propiedad. En este sentido tiene particular importancia la publicidad que la institución registral brinda a los terceros, con la anotación e inscripción de los títulos que ahí se presenten y la presunción de certeza y seguridad jurídica que los contratantes procuran al tener acceso a los asientos registrales. De ahí entonces surge la importancia de determinar claramente los efectos que tienen los documentos presentados a los distintos Registros que integran el Registro Nacional, cuando el notario se encuentra inhabilitado por razón de haber recaído en su contra sanción disciplinaria por parte de la Dirección Nacional de Notariado, el Juzgado Notarial o el Tribunal Notarial. Al respecto, debe decirse que la jurisprudencia patria ha señalado que: " ...el continuar cartulando pese a encontrarse suspendido implica un proceder completamente irregular, ya que autorizó escrituras, con el consiguiente perjuicio para las partes otorgantes..." (Sala Segunda de la Corte, N° 37 de 9:30 horas, del 1° de junio de 1988). Sin embargo, como acertadamente apunta el tratadista nacional Víctor Pérez Vargas: "...aunque, a primera vista, este podría parecer un caso de nulidad absoluta, por carecer el Notario de titularidad para el ejercicio del notariado...la verdad es que la propia Ley (en el inciso 2) del artículo 90) hace la excepción, al decir: "salvo que la parte que la hace valer (la escritura) hubiere obrado de buena fe y que al tiempo de otorgar la escritura el Notario todavía ejerciere públicamente sus funciones" (Revista Judicial, Año XIX, N° 60, oct. 1994, pág. 129). Estas citas doctrinales y jurisprudenciales conservan su actualidad, pues similar tratamiento normativo se encuentra tanto en la anterior Ley Orgánica de Notariado como en el actual Código Notarial, en lo concerniente a la materia de nulidades y en concreto lo reafirma el numeral 126 de cuya letra se desprende que, salvo prueba en contrario —cuya apreciación corresponderá al órgano jurisdiccional competente—, debe reputarse que el documento otorgado ante un notario suspendido al haber recaído sanción disciplinaria en su contra por alguno de los órganos creados con ocasión de la promulgación del Código Notarial, pueden y deben ser inscritos por los Registros que conforman el Registro Nacional, habida cuenta que la eventual declaratoria de nulidad le compete dictarla a los órganos jurisdiccionales, y no al Registro, que tiene limitado su marco de calificación al contenido del documento y al conjunto de la información registral. Ello es así en atención al interés público que conlleva la inscripción de documentos y el marco de calificación registral que le impide a esa Institución prejuzgar sobre la validez de los mismos, según lo disponen los artículos 1 y 27 de la Ley sobre Inscripción de Documentos en el Registro Público, antes transcritos. Así las cosas, cabe recalcar que al existir un interés público en la inscripción de documentos, al no ser atribuible a las partes otorgantes las vicisitudes disciplinarias de los notarios, no existe motivo alguno para impedir su inscripción en el respectivo Registro, que al tener conocimiento de la anomalía, deberá denunciarlo a los órganos disciplinarios competentes para lo que en derecho corresponda. Se reitera una vez más que estos casos no devienen en la nulidad absoluta, contenida en el artículo 835 del Código Civil, así como tampoco de los presupuestos de nulidad relativa establecidos en el numeral 127 del Código Notarial, razón por la que, de conformidad con el principio de excepcionalidad en materia notarial no puede analogarse o integrarse la norma para determinar nulidades y más bien subsisten los principios de finalidad y subsanabilidad notariales, esto es la corrección e inscripción del documento una vez desaparecido el impedimento. Ir más allá y cancelar la presentación al Diario o no permitir la ratificación del acto o contrato, implicaría que el Registro se desvíe de su misión principal, cual es la de asegurar los derechos ahí publicitados, según lo detalla el artículo 1 de la Ley sobre Inscripción de Documentos, extrapolando las potestades que le confiere la ley en materia calificadora, cuya función se ejerce dentro de los límites que le imprimen las disposiciones legales y reglamentarias (arts. 4, 5, 6 de la Ley 6145 de 18 de noviembre de 1977 y 32 y siguientes del Reglamento de Organización del Registro Público, Decreto 26771-J de 18 de marzo de 1998).

POR TANTO:

En mérito de lo expuesto y citas legales, esta Dirección emite la presente directriz, desde la potestad que le asiste por imperio legal en cuanto a su legitimidad, para organizar y fiscalizar toda la actividad notarial, y siendo el documento notarial el instrumento público por excelencia, en el que se plasma la correcta formación y expresión legal de las voluntades de las partes, cuya identidad participa de la presunción legal del artículo 95 del Código Notarial y en virtud de la fe pública, se presumen ciertas las manifestaciones del notario que consten en los instrumentos y demás documentos

autorizados por él. Aquellos documentos protocolares o extraprotocolares, autorizados o expedidos por notarios inhabilitados, tienen una presunción de validez, debiendo ser inscritos aquellos que así lo ameriten, indistintamente del derecho que en estos se modifique, constituya o extinga y cuya eventual declaratoria de nulidad le corresponde establecer a la vía declarativa respectiva. Lo anterior, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y disciplinarias en las que, eventualmente pudiera incurrir el fedatario público. Comuníquese al Registro Nacional y Civil, en lo que les corresponde. Publíquese en el Boletín Judicial. **Licda. Alicia Bogarín Parra, Directora.**

DIRECTRIZ Nº 014-99 Hora:10:00 h
Fecha: 20 de setiembre de 1999

CORRECCIÓN ERROR MATERIAL DE LA DIRECTRIZ 014-99

Se corrige el error material contenido en el Considerando III, la Directriz número 014-99, de las diez horas del veinte de setiembre de mil novecientos noventa y nueve, en el sentido de que donde dice *iure et iure*, debe leerse *iuris tantum*. En lo demás, se mantiene incólume dicho pronunciamiento. San José, a las once horas dieciséis minutos del doce de octubre de mil novecientos noventa y nueve. **Licda. Alicia Bogarín Parra, Directora.**

DIRECTRIZ N° 014-99 Hora: 11:16 h
Fecha: 12 de octubre de 1999

USO Y CUSTODIA DEL PAPEL DE SEGURIDAD, SELLO BLANCO Y EMISIÓN DE CERTIFICACIONES

R E S U L T A N D O:

1.- Que la Dirección Nacional de Notariado tiene como finalidad la vigilancia y control de toda la actividad notarial en el territorio nacional.

2.- El artículo 24, inciso d) del Código Notarial, le atribuye a esta Dirección el emitir lineamientos de acatamiento obligatorio, para que los notarios presten sus servicios a los usuarios en forma eficiente y segura, cuyo cumplimiento deberán velar las oficinas públicas encargadas de recibir y tramitar los documentos notariales (sic).

3.- Que de acuerdo con lo preceptuado en la directriz número 007-99, de las once horas treinta minutos del dieciséis de marzo último, el uso del papel de seguridad es obligatorio para los notarios públicos, siendo necesario regular su empleo, en virtud de consultas formuladas y distintas interpretaciones surgidas con posterioridad a su implementación.

4.- Que algunas instituciones y autoridades públicas han hecho diferentes interpretaciones de la normativa atinente a la expedición de certificaciones notariales y el uso del sello blanco, tornándose imprescindible una uniformación de criterio; y,

C O N S I D E R A N D O:

I.- El papel notarial es un medio de seguridad creado por el legislador al promulgar el nuevo Código rector de la materia. Su uso deviene obligatorio de la letra de los artículos 73 y 76 de ese cuerpo legal, que —en lo conducente— dicen:

"Artículo 73.- Escritura y forma de los documentos. (...)

Excepto las escrituras matrices del protocolo, los documentos que el notario autorice deben llevar siempre su firma, el sello blanco, el respectivo código de barras y cualquier otro medio idóneo de seguridad, determinado por la Dirección Nacional de Notariado".

"Artículo 76.- Uso de papel tamaño oficio. Todas las actuaciones del notario deben escribirse siempre en papel tamaño oficio.

Los documentos notariales deberán expedirse siempre en ese tipo de papel, el cual siempre deberá contener mecanismos de seguridad que garanticen la autenticidad y pertenencia al notario autorizante, según lo disponga la Dirección Nacional de Notariado."

Deben definirse los alcances de las anteriores normativas citadas, pues como se sabe, el notario despliega diferentes actividades, que van desde la autenticación de una firma, hasta la tramitación de actividad judicial no contenciosa. Para esta determinación, se analizará en los considerandos precedentes, la naturaleza de las actuaciones notariales.

II.- El desempeño de la función notarial requiere de forma inexorable la utilización de un papel, en el cual se plasme materialmente la actuación a través de la escritura, de allí que al notario se le conozca también

como cartulario, fedatario o escribano. Esta relación indisoluble entre el ejercicio notarial y la utilización de un papel, fue visualizada por el legislador, quien elevó a la segunda a la categoría de medio de seguridad, dotándolo para ello de un código de barras, y cualquier otro dispositivo o mecanismo que garantice la autenticidad del documento y su pertenencia al notario. Haciendo uso de una visionaria técnica legislativa y previendo el nacimiento de nuevos avances tecnológicos, se utilizó el sistema de números apertus para esos medios de seguridad, los cuales serán determinados por esta Dirección, atendiendo a criterios de idoneidad, seguridad y validez. De no haberse dispuesto así, se requeriría de obligatorias y constantes reformas normativas posteriores, con los inconvenientes que ello conlleva.

III.- Existen criterios referidos a que el artículo 76 establece dos tipos de papel: Uno simple de tamaño oficio, en el que se escriben las actuaciones notariales (primer párrafo de la norma), y otro, en el que se expiden los documentos notariales, que sí deben contar con los mecanismos de seguridad (párrafo segundo), criterios que no son de recibo según se dirá. El indicado artículo, exige al notario escribir sus actuaciones en un papel de tamaño oficio. Resulta claro que al plasmarse una actuación notarial en un papel, se está documentando ésta, lo cual innegablemente convierte a ese papel en un documento notarial (ver además las definiciones de documento notarial de los artículos 70 y 80 ibídem, en un todo coincidentes con lo que aquí viene dicho). Por otro lado, resulta de interés transcribir en lo conducente y con resaltados puestos por la suscrita, los artículos 73 y 76 del Código Notarial, según los cuales: "**Excepto las escrituras matrices del protocolo, los documentos que el notario autorice deben llevar siempre** (...) **el respectivo código de barras y cualquier otro medio idóneo de seguridad determinado por la Dirección Nacional de Notariado**" "...**Los documentos** notariales deberán expedirse **siempre** en **ese** tipo de papel..."; en una clara alusión al papel oficio mencionado en el primer párrafo del numeral 76, por lo que no cabe sugerir que existen dos tipos de papel: 1) Porque la interpretación gramatical de las normas no lo admiten, y 2) Porque tampoco se desprende así de la interpretación lógica, pues de permitirse el uso de dos tipos de papel, uno con medios de seguridad y otro sin estos, implicaría poner en peligro la garantía de autenticidad y pertenencia que el legislador exigió para los documentos notariales en que se plasman **todas** las actuaciones del notario, en demérito de la fe pública misma y la fiscalización que sobre la actividad notarial debe ejercer esta Dirección, salvo los casos previstos en norma especial, según se verá más adelante.

IV.- Tomando en cuenta que la actuación notarial es aquella en que el profesional habilitado y autorizado para el ejercicio, de acuerdo con la voluntad de las partes, imprime su fe pública en el acto o contrato, en virtud de la cual se presumen ciertas todas las manifestaciones vertidas por el fedatario, y en aplicación de los indicados artículos 73 y 76, **todas las actuaciones notariales documentadas en papel** deben llevarse a cabo utilizando el de seguridad, salvo norma expresa en contrario. Ello implica que también debe emplearse en la tramitación de los asuntos ventilados en la actividad judicial no contenciosa. Si bien es cierto, las actuaciones desplegadas por el notario en esta comentada actividad, tienen igual valor a las practicadas por los funcionarios judiciales, también lo es que al profesional se le permite la tramitación de estas en su calidad de notario (ver Título VI del Código Notarial). La actividad judicial no contenciosa es propia de la competencia del notario (numeral 129 ibídem), por lo que en su necesaria relación con el artículo 70, el expediente confeccionado al efecto es un documento notarial, al ser este autorizado por el notario dentro de los límites de su competencia. Tomando en cuenta lo anteriormente dicho, al no existir normativa alguna que en este caso particular le permita la utilización de papel común, y siendo que tales actuaciones **son escritas por el notario en el ejercicio de la función notarial**, éstas deben ajustarse al requerimiento legal de uso de papel de seguridad.

V.- Admitido el hecho de que toda actuación notarial **escrita** por el notario debe plasmarse en el papel de seguridad, se analizará el tema de las certificaciones y autenticaciones. El artículo 110 del Código Notarial confiere la potestad certificadora al notario y para ello le permite utilizar el sistema de fotocopias. Como es público y notorio, en la obtención de una copia fotostática del documento a certificar —cualquiera que sea— no media el uso de escritura alguna, pues esta proviene de un proceso mecánico externo al ejercicio de la función notarial, de allí que —en este caso específico— estamos en presencia de una norma especial que genera una situación permisiva al notario para apartarse del uso del papel de seguridad, categorizando así una excepción pues el profesional no está haciendo uso de la escritura en ese documento notarial, salvo para la razón de certificación, la que —si el espacio lo permite— podrá plasmarse en la fotocopia misma, caso contrario, o sea que deba emplearse un folio adicional para consignarla, este sí deberá ser entonces obligatoriamente de papel

de seguridad, por no encontrarse en ese folio fotocopia alguna y por ahí, ya no se estaría en presencia de la excepción antes dicha en la norma. Todo lo anterior no obsta para que, si el profesional lo estima conveniente, también utilice el papel de seguridad cuando certifica con el sistema de copias fotostáticas. Con respecto a las autenticaciones, se presenta un cuadro fáctico-jurídico muy similar; el artículo 111 ibídem, faculta al notario para autenticar firmas o huellas digitales, siempre que hayan sido impresas en su presencia. El párrafo final de este artículo establece que: "Los documentos **privados** en que se practiquen autenticaciones, conservarán ese mismo carácter..." (El resaltado no es del original). Esta mención a documento **privado**, admite que ante el notario puede presentarse un documento ya redactado, solicitándole la simple autenticación de la o las firmas o huellas digitales, y en virtud de que en este supuesto el notario tampoco está escribiendo actuación alguna, más que la razón de autenticación, esta podrá estamparse en un papel que no sea de seguridad —por vía de la excepción antes indicada— siempre y cuando se trate del mismo en que están impresas la o las firmas o huellas a autenticar. Igualmente debe anotarse que de requerirse el uso de un folio adicional al documento privado, este sí deberá ser del de seguridad. Lo anterior, también sin perjuicio de que el profesional autenticante, transcriba el texto en un papel notarial. Lo dicho se confirma si se toma en cuenta que el espíritu del legislador, al crear el papel de seguridad, es garantizar la autenticidad y pertenencia al notario autorizante, por lo que al plasmarse la razón notarial en el mismo documento fotocopiado o junto a la firma autenticada, se tiende a cumplir de forma más auténtica con la indicada aspiración legislativa, y atendiendo a esta, debe indicarse que de requerirse el uso adicional de un papel de seguridad, este tendrá que adherirse de forma segura a la o las fotocopias, o al documento que contiene la o las firmas o huellas digitales autenticadas —según sea el caso— haciéndose una mención específica que identifique plenamente ese folio adicional con los demás y la actuación concreta realizada, con el objeto de que éste no pueda ser desprendido y utilizado para fines distintos a los requeridos originalmente al notario certificador o autenticante, en aras de procurar el aseguramiento de la fe pública que el profesional, bajo su responsabilidad ha plasmado en ese folio, y también en salvaguarda de los intereses del notario.

VI.- Definida la obligatoriedad del papel notarial —salvo las excepciones mencionadas en el considerando precedente— cabe hacer algunas anotaciones acerca de su uso: **UTILIZACIÓN ANTE ENTIDADES O AUTORIDADES PÚBLICAS:** El notario público activo, es también un profesional en derecho, debidamente incorporado al Colegio de Abogados y habilitado para el desempeño de ambas actividades, que en algunas ocasiones coinciden o coexisten en la atención de un mismo asunto. Es claro que el papel notarial y el sello blanco no son exigibles en actos propios de la abogacía, sin embargo, cuando el profesional realice alguna actividad notarial correlativa o aparejada a aquella, en este caso sí deberá emplear los medios de seguridad exigidos por ley, como los citados papel notarial y sello blanco. **CONOTARIADO:** El actual ordenamiento faculta la actuación conotariada, y cualquiera de los notarios autorizantes puede expedir reproducciones de los instrumentos públicos, para lo cual, quien lo expida, deberá utilizar **su propio papel de seguridad**. Debe recordarse que el papel se identifica personalmente con el notario a través del código de barras, cuya finalidad es garantizar su autenticidad y pertenencia, por lo que su uso es exclusivo de cada cartulario no siendo procedente el intercambio de papel. **UTILIZACIÓN POR AMBOS LADOS:** Tal y como se analizó antes, el artículo 73 exige que no podrán quedar espacios en blanco, lo cual implica que el papel deberá emplearse por el anverso y reverso, cuando la extensión del documento así lo requiera. **NÚMEROS DE LÍNEAS:** Si bien es cierto el Código Notarial es omiso en establecer el mínimo o máximo de líneas a introducir en el papel de seguridad, en su numeral 73 in fine establece que los documentos inscribibles en el Registro Nacional, además del sello blanco, código de barras y demás medios determinados por esta Dirección, deben cumplir con los requisitos de seguridad establecidos por la entidad registral, la cual sí exige la utilización de treinta líneas en los documentos que han de presentarse para su registración. Por ello, y a fin de mantener una uniformidad en los documentos notariales, se estima conveniente que en **todos** se emplee el sistema de treinta líneas. **MÁRGENES:** Este es otro punto indefinido en el Código. De la misma forma y a fin de contar con un diseño uniforme en todos los documentos de tipo legal, por integración analógica se recomienda emplear los márgenes superior, inferior, izquierdo y derecho que presenta el papel de oficio, por cuanto existe el antecedente de utilización de este papel legal en actos notariales, antes de la implementación del papel notarial. **EMPLEO DEL PAPEL DE SEGURIDAD EN LA CASILLA:** El artículo 114 del Código Notarial establece que el testimonio o reproducción del instrumento público original consta de dos partes: 1) La copia literal, total o parcial de la matriz y 2) el engrose. Lo anterior implica que la "casilla" no es parte del testimonio y si esta se elaborara en una hoja adicional, resulta innecesario que allí se emplee el papel de seguridad. Sobre el particular, debe recordarse que la "casilla" es una ayuda-resumen que se hace al registrador, mas no es —en sentido estricto— parte del documento notarial y actualmente ya no es

exigida por los registros. **POSIBILIDAD DE MEMBRETAR Y SUBRAYAR EL PAPEL DE SEGURIDAD:** La introducción de membretes, líneas o subrayados en el papel, para facilitar su identificación o escritura no se estima contraria a un correcto empleo de este medio de seguridad, siempre y cuando se respeten los márgenes, número de líneas y no se obstaculice la lectura del código de barras. Como el papel contiene marca y sello de agua del logotipo de la Dirección Nacional de Notariado, que constituye un mecanismo más de seguridad, no es permisible la impresión de figuras en el papel, que dificulten su visibilidad. **RECIBO DEL PAPEL:** Una vez recibida la respectiva resma o resmas por parte de la empresa suplidora, el notario deberá corroborar que el número impreso junto al código de barras, corresponde con el de su cédula de identidad. Este es un mecanismo alternativo de seguridad, que permite la inmediata identificación visual del papel, sin utilizar para ello medio tecnológico alguno. **EXTRAVÍO DEL PAPEL O SELLO BLANCO:** Como ya se ha indicado, el papel encuentra su identificación propia con el notario, a través del código de barras, y el profesional propietario de este medio de seguridad, es enteramente responsable del uso que se le dé. La pérdida o sustracción de un solo folio, conlleva la vulnerabilidad de este medio, por lo que lo procedente, es reportar en forma inmediata ese hecho a esta Dirección y a los Registros Civil y Nacional, así como a la empresa suplidora de papel a fin de confeccionar un nuevo tiraje con un código de barras distinto, que reemplazará al anterior en las bases informáticas de datos llevadas al efecto. Es entendido que el notario también deberá proceder a la destrucción de los restantes folios sin usar, que contengan el anterior código de barras, y de no hacerlo, además del perjuicio a su seguridad, cualquier anomalía que se presente, podría acarrearle responsabilidades civiles, penales y disciplinarias. En lo concerniente al sello blanco, su extravío o sustracción deberá también reportarse a esta Dirección y entidades públicas en que ha debido ser registrado, para los efectos pertinentes. Se recomienda la elaboración de un nuevo sello blanco con diseño distinto al extraviado o sustraído, en aras de salvaguardar responsabilidades respecto del mal uso que se le pueda dar al que ha desaparecido. **FALLECIMIENTO DEL NOTARIO:** En caso de deceso del fedatario, el papel de seguridad que se encuentre sin usar deberá ser entregado a este despacho, a fin de proceder a su destrucción, de lo que se dejará constancia en el Registro Nacional de Notarios y respectivo expediente personal. **CESE VOLUNTARIO O POR SUSPENSIÓN:** En todos los casos de cese voluntario y suspensión mayor a tres meses (por integración analógica con el numeral 53), los notarios deberán proceder bien sea a la destrucción del papel, o lo conservarán bajo su custodia y responsabilidad personal, lo cual deberán informar a este despacho.

VII.- DE LA FORMA DE LAS CERTIFICACIONES NOTARIALES: Las certificaciones extendidas por notarios públicos, son actos extraprotocolares que constituyen documentos notariales, regulados estos en el Título IV del Código Notarial (artículos 70, siguientes y concordantes). El numeral 73 establece que el texto del documento debe escribirse en forma continua, sin dejar espacios en blanco. La definición de TEXTO, aplicable al caso, según el Diccionario de la Real Academia Española es: "Todo lo que se dice en el **cuerpo** de la obra manuscrita o impresa, a **diferencia** de lo que en ella va por **separado**; como portadas, notas, índices, etc.", en tanto que CUERPO es el: "Conjunto de lo que **se dice** en la obra escrita o el libro, con **excepción** de los índices y **preliminares**". Por lo dicho, no puede interpretarse que el encabezado en que el profesional certificador consigna su nombre, su condición de notario público y la indicación de que certifica, sea parte del texto certificado, por ser una información —necesaria sí— pero preliminar a lo que habrá de certificarse, de tal manera que en sentido lato, tampoco es razonable exigir que la certificación debe escribirse en un solo párrafo desde su encabezado hasta el cierre, sin perjuicio de que así se elabore. Además, mecanográficamente hablando, espacio es sinónimo de línea, y por ahí, ha de entenderse que lo prohibido es dejar líneas en blanco entera o parcialmente, que permitan la introducción de caracteres con posterioridad a la expedición del documento. También se ha señalado como defecto, el hecho de que el notario omita consignar que la certificación la extiende bajo su responsabilidad. Tal indicación deviene totalmente innecesaria, pues esa responsabilidad está claramente establecida en los artículos 15 a 20 y 110 del Código Notarial. En todo caso sí debe consignarse que lo certificado es en forma literal, en lo conducente o en relación, indicándose además —cuando es en lo conducente— que lo certificado no modifica, altera, condiciona, restringe ni desvirtúa lo transcrito, así como el lugar, la hora, el día, mes y año en que se extiende la certificación y a solicitud de quién se hace, con observancia de la cancelación de las especies fiscales de ley y demás requisitos legales.

POR TANTO:

Con base en las consideraciones expuestas, se hace del conocimiento de los notarios e instituciones públicas, que respecto del uso y custodia del papel de seguridad y sello blanco y la emisión de certificaciones notariales, deberán ajustarse a los términos contenidos en esta directriz. **Licda. Alicia Bogarín Parra, Directora.**

DIRECTRIZ Nº 99-0015 **Hora: 10:00 h**
Fecha: 29 de octubre de 1999

2,4