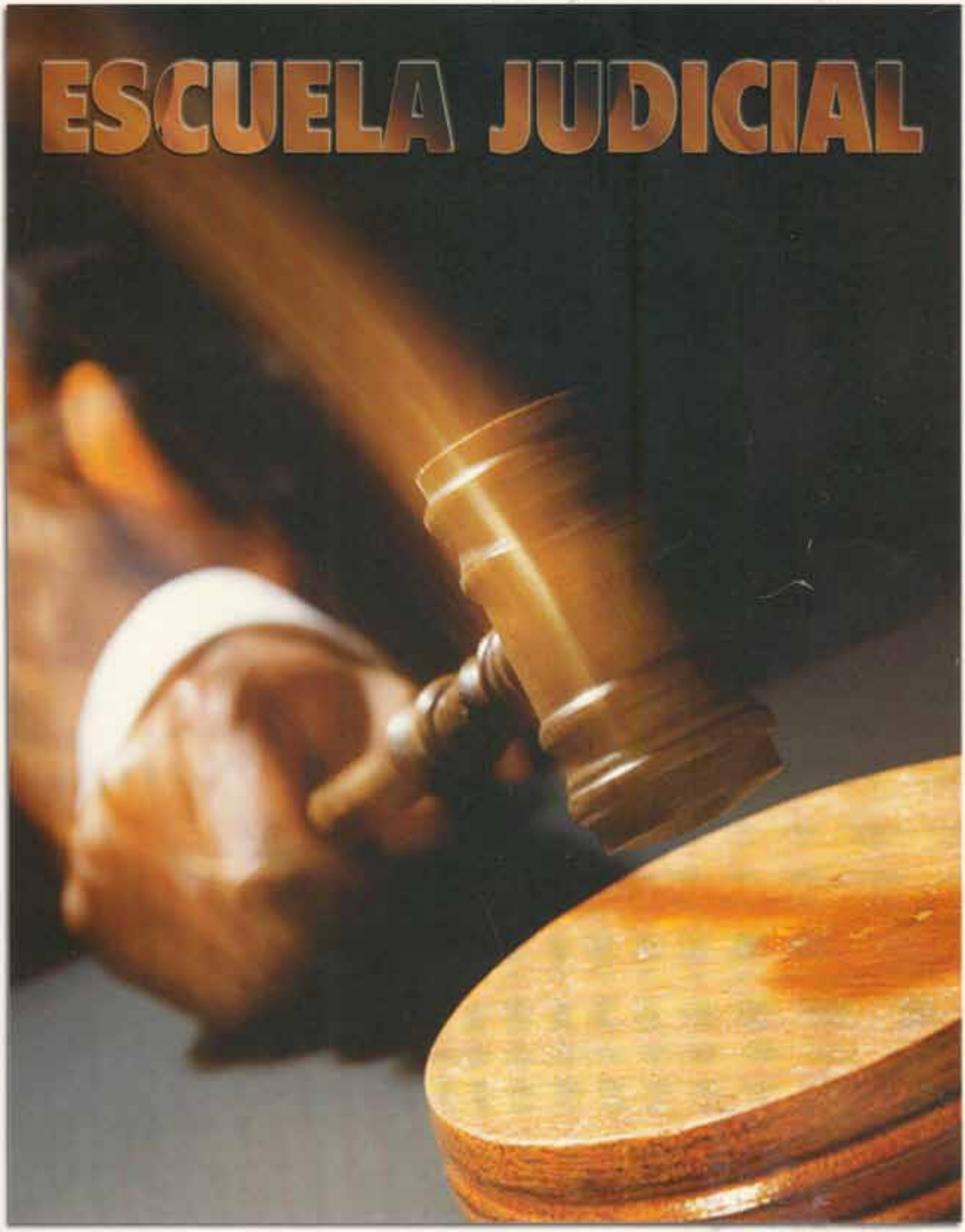
REVISTA

ESCUELA JUDICIAL



REVISTA NÚMERO 2 - NOVIEMBRE 2002 - ISSN 1409-4347

Revista
Escuela Judicial

REVISTA NÚMERO 2, NOVIEMBRE - 2002

Coordinador: Lic. Otto González Vílchez, Escuela Judicial
Corrección de pruebas: Adrián Alfaro Obando, Escuela Judicial
Ingrid Bermúdez Vidas, Escuela Judicial
Dirección Editorial: Vladimir Ortiz
Diagramación interna y diseño de portada: William Abarca Méndez

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: 295-3344 Fax: 222-7992
San José, Costa Rica
2002

Índice de contenidos

PRESENTACIÓN VII
Dr. Alfredo Chirino Sánchez

ARTÍCULOS SOBRE DOCTRINA NACIONAL E INTERNACIONAL

Notas actuales sobre el derecho de daños 3
MBA Antonio Jacob Aldi

Libre despido y administración pública 17
Lic. Luis Paulino Mora Lizano

Nuevos aspectos de la prescripción de la acción penal relacionados con la jurisprudencia 23
Lic. Jorge Chacón Laurito

El allanamiento en materia de familia 27
Lic. Robert Camacho Villalobos

La prescripción de la acción en materia penal juvenil. Jurisprudencia reciente 33
MSc. Douglas Durán Chavarría

Los límites de la acción penal del Estado: tentativas inidóneas 37
Dr. Juan Manuel Otero

La igualdad de género en el Derecho Constitucional costarricense 59
Licda. Alda Facio
Máster Rodrigo Jiménez Sandoval

La juramentación previa y el delito de falso testimonio en la jurisdicción penal juvenil de Costa Rica 75
Dr. Álvaro Burgos Mata

El documento electrónico y la firma digital al servicio de la administración de justicia 81
MSc. Carlos Alberto Jovel Sánchez

La prenda sobre títulos valores y anotaciones en cuenta 109
Dr. Álvaro Hernández Aguilar

RECOMENDACIONES APROBADAS POR EL CONSEJO DIRECTIVO DE LA ESCUELA JUDICIAL DURANTE EL AÑO 2001

SESIÓN 12-01 135
Notificación de la sentencia en materia de tránsito.
Licda. Priscilla Solano Castillo

SESIÓN 14-01 137
Medio idóneo para agilizar el envío de las órdenes de apremio corporal en materia de pensiones alimentarias.
Licda. Alejandra Monge Arias

SESIÓN 15-01 139
Requisitos de admisibilidad de las solicitudes de recomendaciones o consultas enviadas a la Escuela Judicial.
Lic. Otto González Vílchez

DIRECTRICES DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE NOTARIADO 2001

DIRECTRIZ N° 001-2001 147
Reglamento de fiscalización notarial a lo interno y externo de la Dirección Nacional de Notariado.

DIRECTRIZ N° 002-2001 155
Reglamento del fondo de garantía de los notarios públicos.

DIRECTRIZ N° 003-2001 165
Reglamento del Registro Nacional de Notarios.

Presentación

Hace algunos años empezamos a ver la necesidad de tener una revista especializada en temas judiciales, que nos permitiera llegar a nuestra comunidad de jueces y juezas con propuestas inteligentes para la solución de problemas sometidos al conocimiento de los tribunales y, al mismo tiempo, mostrar nuestro compromiso con la investigación y el debate en cuanto a problemas científicos del Derecho y de su interpretación. Fue así como nos abocamos con gran energía a constituir, en primera instancia, un equipo de investigación que se encargara de este ansiado proyecto. Este equipo, coordinado por la Dirección de la Escuela y con el impulso generoso y comprometido del Lic. Otto González, permitió que nuestra primera revista viera la luz pública. Inmediatamente la difundimos y llegó a todos los rincones del país y al extranjero, donde tuvo la recepción calurosa de aquellos que, como nosotros, sentían la ausencia de este medio de difusión y promoción del estudio y la investigación en el Poder Judicial.

Como lo dijimos en aquel primer número, y lo reafirmamos ahora, no es nuestro objetivo competir en el ámbito editorial o suplantar el merecido papel que otras revistas especializadas tienen en el mercado nacional. Nuestro objetivo fue, y sigue siendo, ofrecer a los funcionarios y funcionarias judiciales un espacio donde puedan publicar sus estudios jurídicos, colaborando con sus colegas en las diversas jurisdicciones, proveyendo un vistazo al Derecho desde y hacia lo judicial. Por supuesto que estos estudios ayudarán también a aquellos que están comprometidos con el desarrollo de la ciencia jurídica nacional, y a crear un debate maduro y profundo acerca de los problemas que aquejan a nuestra administración de justicia.

Respecto del material que presentamos en este número, en la parte de doctrina nacional e internacional incluimos diversos trabajos. Comenzamos con la investigación del Máster Antonio Jacob Aldi, en lo referente al tema del derecho de daños. Es un aporte valioso acerca de uno de los temas más importantes del debate actual en Costa Rica. Esta investigación se plantea la dogmática de la responsabilidad civil, haciendo un acopio muy interesante de los problemas de la conducta y su imputación, como instrumentos para hilvanar una perspectiva valiosa sobre un debate permanente, últimamente enardecido por los aportes del Dr. Juan Marcos Rivero en uno de los tomos de su Tratado de Derecho Civil, del cual ya ha visto la luz pública su investigación acerca del problema de la responsabilidad civil.

Don Antonio nos ofrece, igualmente, un vistazo a nuevas tendencias sobre el derecho de daños, en especial desde el enfoque del análisis económico del Dere-

cho, haciéndonos una propuesta en cuanto al futuro del derecho de daños, tanto desde la óptica de lo contractual como de lo extracontractual.

En licenciado Luis Paulino Mora Lizano escribió para nosotros un trabajo denominado "Libre Despido y Administración Pública", un tema de indudable interés en las relaciones de empleo público actualmente existentes en Costa Rica. De la mano de algunos fallos de la Sala Constitucional, don Luis Paulino teje un panorama acerca de las posibilidades del "libre despido" en el ordenamiento jurídico costarricense, indicando que no se trata de una facultad de carácter arbitrario, sino que debe contener una adecuación a un fin coincidente con ese ordenamiento. Exalta la inteligente jurisprudencia sentada por nuestro Tribunal Constitucional y aboga por una interpretación acorde con la justicia y el sentido público de las normas de empleo en la administración, sobre todo a partir del artículo 140, inciso 1) de nuestra Carta Magna.

Interviene también el Lic. Jorge Chacón Laurito, Juez del Tribunal de Casación Penal, quien nos hace un recuento de lo acaecido en cuanto al tema de la prescripción en materia penal, continuando el estudio que habíamos incluido en el primer número de esta revista. Don Jorge hace un análisis crítico de los aspectos ya planteados por la Sala Constitucional en este difícil tema y saca algunas conclusiones sobre lo que es dable esperar a partir de la reforma legal del artículo 33 del Código Procesal Penal, las cuales han abierto un filón de posibilidades para la interpretación de este complicado asunto.

Robert Camacho, Juez de Familia y Penal Juvenil de Heredia, comparte con nosotros sus reflexiones referentes al allanamiento en materia familiar, un topos altamente sensible por sus implicaciones procesales y sociales. Se trata de una temática que aborda nuestra concepción sobre la intimidad del hogar y la garantía de inviolabilidad del domicilio que engalana a nuestro orden constitucional. El tema surge con fuerza cuando se plantea desde la óptica de las autorizaciones legales para el allanamiento, algunas de ellas procedentes de legislación alimentaria, como el artículo 20 de la Ley de Pensiones Alimentarias No. 1620 del 5 de agosto de 1953 y sus reformas, que fue objeto de reflexión por parte de la Sala Constitucional en el voto 1620-93, de las diez horas del diez de abril, la cual discutió la posibilidad del allanamiento de la morada, cuando el deudor alimentario se oculte allí para evitar las consecuencias del impago de su deuda. La Ley de Violencia Doméstica, en su artículo 3, inciso c), recoge también la autorización del allanamiento para aplicar la medida de protección ahí consignada. Lo mismo sucede con la Ley del Patronato Nacional de la Infancia de 1996, la cual incluye una hipótesis de allanamiento, al solicitársele al juez tal medida como forma de tutela de la estabilidad física y emocional de las personas menores de edad.

Don Robert repasa las diversas formalidades del allanamiento y de la ejecución del acto, dándonos un detallado catálogo de los procedimientos por seguir, y recomendaciones para que las autoridades judiciales y las instituciones involucradas no vayan a incurrir con su actuar en excesos y lesiones a derechos constitucionales.

El señor Douglas Durán, Máster en Criminología de Lovaina, expone un estudio sobre la prescripción de la acción en materia penal juvenil y hace un repaso de la jurisprudencia reciente en cuanto a este difícil tema. La dificultad no solo ha radicado en lo disímiles que han sido los fallos que han abordado la problemá-

tica, sino también porque no se ha tenido en cuenta que la decisión sobre un determinado plazo de prescripción es, en esencia, un problema de política criminal del Estado. La misma opera en contra del Estado y no contra el justiciable, y en materia penal juvenil tal consideración se ve matizada además por los fines especiales que esta jurisdicción pretende. En efecto, la necesidad de tener presente el interés superior del niño y la condición de jurisdicción especializada que ostenta lo penal juvenil, deberían llevar, a criterio del Máster Durán, a una especial interpretación de la prescripción en esta área del Derecho.

En este segundo número estamos introduciendo, por primera vez, un artículo de doctrina extranjera, donde figura el trabajo del colega Juan Manuel Otero, referente al problema de la tentativa inidónea[1].

Este primer aporte que nos llega del extranjero versa sobre el difícil tema de la tentativa inidónea o "delito imposible", como es conocida la institución en nuestro medio. Los que se han dedicado a él pueden reconocer, con razón, que se trata de un tema toral del derecho represivo, no solo porque atiende a las razones por las cuales el Estado puede establecer un determinado tipo de *ius puniendi*, sino porque también permite determinar los alcances de la prohibición jurídico penal. No en vano la discusión acerca de las razones para el castigo de la tentativa inidónea se ha referido directamente a los problemas de un Derecho Penal orientado al castigo de las "malas intenciones". Baste pensar que el castigo penal, por lo menos como se concebía en el hoy reformado artículo 24 del Código Penal, tenía como asidero la realización dolosa de un delito, que por la escogencia de sus medios o por el objeto al cual era dirigido, hacía imposible la realización delictuosa. Por ello, el castigo solo podía recaer en la intención dolosa, desviada de los dictados normativos, que había expresado el sujeto con su acto.

El trabajo del colega Otero se plantea estas y otras cuestiones, haciendo un concienzudo estudio en cuanto a las teorías existentes sobre la tentativa, los ámbitos dentro de los cuales es dable pensar su verificación y los aspectos fundamentales que suelen estar planteados en la punibilidad del delito imposible.

Debemos resaltar el enfoque que hace este trabajo, el cual hace suyas las consecuencias de un punto de partida desde la óptica del bien jurídico, como elemento delimitador de la acción del poder penal. Este acercamiento metodológico lo acerca a los planteamientos que hemos venido defendiendo, en diversos foros, sobre el principio de lesividad y subsidiariedad como herramientas o instrumentos útiles para la configuración de un Derecho Penal nuclear.

La próxima revista contendrá un segmento de doctrina extranjera más amplio, así como colaboraciones de otros juristas que, desde fuera del Poder Judicial, nos ofrecen una panorámica de diversos problemas de gran interés.

Desde hace algunos años, la Escuela Judicial ha venido impulsando un ambicioso programa de capacitación referente al tema del Derecho en una perspectiva de género, donde han colaborado activamente los expertos doña Alda Facio y don Rodrigo Jiménez. En el trabajo que ofrecen en nuestra revista hacen un repaso de

1. Don Manuel Otero es un jurista argentino impulsador del proyecto de una revista jurídica titulada "Más derecho?", que recoge las iniciativas y propuestas de una joven generación de penalistas de ese país de América del Sur.

las dificultades de la igualdad de género en lo constitucional. Comienzan su estudio con algunas referencias históricas sobre el crisol de intereses y aspectos ideológicos de nuestro acuerdo constitucional de 1949, y sobre el papel de la jurisprudencia constitucional para dar entrada y cabida a una valoración amplia de tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos. Sostienen que nuestro bloque de constitucionalidad se encuentra integrado, directamente, por los documentos y convenciones internacionales que se han venido dictando sobre la materia de igualdad de género, tales como la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer, la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, entre otros hitos importantes, que nuestro país ha suscrito y ratificado. Sin embargo, este marco legal y constitucional, que podemos considerar algo dado, ha tenido dificultades en su interpretación y aplicación cotidiana. Consideran que en ello ha incidido el sistema patriarcal existente, que ha llevado a una interpretación de igualdad muy sui géneris, que dicta una igualdad de las mujeres y los hombres profundamente inconsistente con todo este bagaje normativo y constitucional. Esto ha llevado a que muchas de las interpretaciones sean meras concesiones a las mujeres desde la perspectiva masculina, para que sean como los hombres, pero finalmente es el hombre el patrón-medida del contenido de igualdad. Este punto de vista es criticado certeramente por los autores, abogando enérgicamente por medidas correctivas que no se miren como una eliminación de derechos, sino como medios para crear sociedades más pacíficas, que beneficien a todas las personas que conviven en ellas. Cumple el trabajo con el objetivo de informar acerca de los cambios positivos que se han producido en la jurisprudencia y sobre las muchas cosas que aun son necesarias para progresar positivamente en el reconocimiento de la igualdad de género.

El Juez Superior Penal Juvenil, Dr. Álvaro Burgos Mata, realiza una propuesta aproximativa al problema de la juramentación previa como requisito típico del delito de falso testimonio en el ámbito de la justicia de menores. El Dr. Burgos pasa revista de los importantes avances que trajo la legislación penal juvenil, y de las transformaciones interpretativas que este reconocimiento legislativo ha impulsado. El estudio previo sirve de sustento a la discusión posterior sobre la figura típica del delito de falso testimonio. El autor se ayuda del estudio de los elementos del tipo objetivo para enmarcar la decisión del Tribunal Penal Juvenil en cuanto al requisito de la juramentación previa, como supuesto de tipicidad objetiva y subjetiva también en Derecho Penal Juvenil. Estima el autor que considerar que los jóvenes, que no se han juramentado, no cumplen el tipo penal antes mencionado, sería una demostración de la persistencia de la figura de la "situación irregular", tanto en lo referente a su tratamiento procesal, como de cara al cambio de paradigma que en materia penal juvenil se produjo en la década de los noventa.

El Máster Carlos Alberto Jovel Sánchez, Juez Penal de Turno Extraordinario, presenta un excelente trabajo sobre el documento electrónico y la firma digital, y hace un aporte valioso en una materia profundamente vinculada al signo tecnológico que marca nuestra actual sociedad de la información. Se trata de una sociedad que sencillamente depende del intercambio de informaciones y datos, donde los criterios de intimidad, seguridad y certeza sufren un cambio directamente proporcional a la incidencia de las nuevas tecnologías de la comunicación e información en nuestra vida cotidiana.

Las formas en que las personas se relacionan comercialmente resultan tan novedosas y revolucionarias como lo fueron, en su momento, las transacciones bancarias a distancia. Las manifestaciones de voluntad, el perfeccionamiento de los contratos y la información acerca de los términos de las negociaciones fluyen sin importar las fronteras del tiempo y del espacio, uniendo a los países y a las personas de una manera inconcebible apenas una década atrás.

El documento electrónico es, sin duda, una realidad en nuestros días, y queramoslo o no, es un fenómeno que ha incidido en la práctica de los negocios y ha transformado la cotidianeidad de muchas de las actividades productivas en el país. No por casualidad señala el autor que tanto el documento electrónico y la firma digital son dos hitos que marcan el grado e intensidad del desarrollo de negocios electrónicos en Costa Rica, un país con un parque informático instalado realmente impresionante para una zona en vías de desarrollo.

El papel de Internet en estos cambios no es menor, y don Carlos le presta una especial atención a su incidencia en el fenómeno del documento electrónico y la firma digital. Aboga, eso sí, por aplicar los efectos benéficos de estas figuras también en las actividades del Estado, tanto en sus funciones de proveedor de servicios, pero también cuando actúa como contratante, contralor, legislador o juzgador. Es fácil concordar con esta visión del autor, sobre todo si se piensa en las múltiples formas en que el Estado ya interactúa con nosotros, donde hay necesidad de seguridad en las transacciones, pero por sobre todas las cosas, necesidad de certificabilidad.

La inexistencia, por una parte, de un marco jurídico amplio, y lo atomizado de los efectos de algunas de las normas incluidas en recientes proyectos de reforma, en lo que se refiere al tema del documento electrónico y la firma digital, constituyen, sin duda, un escollo importante para el desarrollo de muchas actividades productivas. El autor lleva razón cuando apunta que debe atacarse urgentemente esta ausencia legal, así como la existente en cuanto al tema de la protección de la persona frente al tratamiento de datos sensibles, con el fin de darle al país las condiciones necesarias para garantizar su desarrollo social y económico en la sociedad de la información.

El Dr. Álvaro Hernández, Juez Segundo Civil de Mayor Cuantía de San José, comparte con nosotros un muy bien documentado trabajo acerca de la prenda sobre títulos valores y la anotación en cuenta.

La existencia de prendas sobre derechos reales y de crédito es solo una muestra más de los cambios incesantes que sufren las relaciones económicas en nuestras sociedades, y la urgencia que tiene el Derecho y sus regulaciones de llevar el ritmo de estos cambios. Don Álvaro da un vistazo histórico al régimen de garantías inmobiliarias y mobiliarias, en general, para llegar a esta conclusión, y sobre todo, estima que no se pueden aplicar las antiguas ideas de que la prenda de derechos reales recae sobre las cosas. En realidad, solo se transmite al acreedor de una prenda de este tipo el limitado disfrute de una garantía sobre el derecho. Una figura bien conocida en el Derecho Civil alemán, cuya doctrina y legislación han influido mucho en la institución que estudia el Dr. Hernández, como él mismo reconoce.

La prenda de títulos valores ofrece un paisaje de problemas un tanto distinto, ya que el debate se ha circunscrito a la pregunta de si la prenda recae sobre el título o sobre el derecho representado por este. La doctrina mayoritaria se pronuncia manifestando que el objeto de la prenda de títulos es el derecho representado por estos. El hecho de que su régimen jurídico se "inspire" en el sistema normativo de las cosas muebles solo se explica por la necesidad de hacer más rápida y segura la circulación de los créditos, evitando, como lo subraya el autor, las desventajas que presenta la legislación en materia de cesión de créditos. El autor, sin embargo, termina por adoptar una tesis intermedia, amparado en el autorizado criterio del autor Cano Martínez de Velasco, quien sugiere la necesidad de una convivencia de ambos sistemas: el objeto de la prenda es el crédito, pero como este está representado por un título valor, las reglas son modificadas. Se trata, entonces, de un título "híbrido", que ante la falta de un régimen jurídico exclusivo se le aplica uno mixto.

El artículo del Dr. Hernández se ocupa de las diversas hipótesis y supuestos de hecho que son imaginables en el Derecho nacional e internacional, y plantea importantes observaciones en cuanto a su eficacia y, muy especialmente, acerca de las consecuencias de oponibilidad que son dables de esperar.

Como puede observarse, la parte de doctrina nacional e internacional se ocupa de problemas prácticos y de indudable novedad, que sin duda ayudarán a los juzgadores y operadores del sistema que requieran conocimientos y datos para acercarse a los casos que son sometidos a su conocimiento.

La siguiente sección de nuestro segundo número de la revista, recoge recomendaciones aprobadas por el Consejo Directivo de la Escuela Judicial, y que suelen ser difíciles de conseguir en otros medios. Debido a ello las recogemos en este apartado, para luego ofrecerlas en formato electrónico en nuestra página web, en un futuro cercano.

La última sección contiene nuevas directrices de la Dirección Nacional de Notariado, que completan las que habíamos incluido en nuestro primer número, y que se constituyen en un apoyo adicional que presta la Escuela Judicial a esa Dirección, con el fin de que haga llegar a todos los funcionarios y funcionarias judiciales las importantes regulaciones que afectan el ejercicio del notariado.

Una revista es un esfuerzo constante, no solo de cara a su consolidación, sino también frente al repensamiento de sus objetivos y metas. Estamos seguros que esta segunda revista es un paso más en la consolidación de nuestro proyecto de análisis, estudio e investigación de los problemas que aquejan a la administración de justicia, en todas las materias. No obstante, seguimos contando con su paciencia y con su colaboración, para hacer de este medio una herramienta de consulta constante, apegada a la realidad cotidiana de la justicia y al día de las preocupaciones y dificultades que aquejan a todas las jurisdicciones.

Hacemos patente nuestro agradecimiento a los colaboradores de este número, por la generosidad con la que han compartido sus estudios y trabajos, y les hacemos una invitación abierta para que sigan adelante en sus esfuerzos por estudiar e investigar, que son los medios más conocidos y eficientes para echar adelante un proyecto democrático tan importante como lo es el de alcanzar un mejor servicio de justicia para los seres humanos.

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Director

Artículos sobre Doctrina Nacional e Internacional

MBA Antonio Jacob Aldi

Notas actuales sobre el derecho de daños*

I. Introducción

El derecho de la responsabilidad civil o derecho de daños[1], cuyo origen podemos encontrar en el Derecho Romano, ha ido, poco a poco, ganando terreno en el interés de los juristas y de la sociedad en general.

Como tendencia mundial, aproximadamente, a partir de los años sesenta, lo que se llamaba tradicionalmente responsabilidad civil pasó de ser un simple subtema del derecho de obligaciones, a ser una de las materias estrella del Derecho Privado.

Así y a pesar de que la reparación del daño es casi tan antigua como el Derecho mismo, en los últimos 40 años el derecho de la responsabilidad civil ha evolucionado muchísimo, fenómeno este debido a razones de índole práctico y directamente relacionadas con el desarrollo y evolución tecnológica e intelectual.

En todo caso, y dada esa gran importancia y relevancia que ha adquirido el derecho de daños, es importante conocer su ubicación doctrinal dentro del Derecho Civil, así que, de una vez, apuntemos este tema.

Partiendo de las divisiones académicas que la doctrina tradicional ha realizado del Derecho Civil, (entendido este como aquel gran sector del ordenamiento jurídico total, que se integra por un sistema coherente de normas e instituciones a través de las cuales se busca establecer, promover y desarrollar la persona y sus manifestaciones, dentro de un orden constitucional establecido), podemos ubicar el derecho de la responsabilidad civil o derecho de daños dentro del derecho de obligaciones que, a su vez, lo conceptualizamos como una parte del Derecho Civil patrimonial, entendido este como aquel sector del Derecho Civil que se conforma por normas e instituciones cuyo cometido es establecer un marco de acción claro para las actividades económicas de las personas.

Así entendido lo anterior, podemos decir que el derecho de la responsabilidad civil se ubica dentro de una zona específica que tiene por fin la ordenación, atribución y distribución de los bienes económicos de las personas. Dentro de este esquema, el papel específico del derecho de daños es, esencialmente, de asignación y distribución patrimonial, distribución entendida como medio por el cual se imputa a un sujeto un daño causado y, como consecuencia de esa imputación, la carga pecuniaria que compensa dicho

---

* Nota aclaratoria: las citas textuales, por su naturaleza, mantienen, en algunos casos, errores ortográficos, sintácticos y de estilo, del texto original.

1. Aunque en Costa Rica, hasta esta fecha, no se ha utilizado de manera generalizada este nombre como sinónimo del derecho de la responsabilidad civil, es necesario saber que es a partir de Fischer, quien en su libro "Los Daños Civiles y su Reparación", utiliza la expresión derecho de daños, tal como quedó traducido por Roces, para que luego, en España, esa expresión fuera importada por Jaime Santos Briz, siendo actualmente de uso común en la doctrina y jurisprudencia española y europea en general.

infortunio. De esta forma, el derecho de la responsabilidad civil determinará por cuenta de quién deberá correr la reparación de un daño.

Como se desprende de lo anterior, el derecho de daños es el derecho de indemnizaciones, es decir, obligaciones civiles con fuente peculiar que es el daño, siendo este la base de esa obligación de resarcimiento.

II. Función de la responsabilidad civil

Para entender adecuadamente la función o fin del derecho de daños, es necesario apreciar que el origen de dicho derecho se encuentra en una de las tres máximas de la convivencia romana que eran: dar a cada uno lo suyo, vivir honestamente y no causar daño a los demás.

Función exclusivamente reparadora:

Desde siempre, ante la causación de un daño, la respuesta instintiva del ser humano es la de la venganza, siendo esta la reacción primaria en la búsqueda de equilibrio[2]. En razón de ello, el derecho, que tiene como función la ordenación y regulación de las actividades y conductas del ser humano para hacer posible la convivencia, viene a sustituir ese cobro de venganza privada mediante un sistema institucionalizado predeterminado.

Es así como el Derecho Civil ordena estas situaciones y llama responsable a un sujeto por un daño cometido. Esa responsabilidad se traduce en la reparación del daño; es decir, ante un daño causado el Derecho Civil impone la obligación de reparación o indemnización.

Indemnizar significa dejar indemne, esto es, sin daño. Pero en la realidad, lo que sucede es que la marcha atrás es imposible en la mayoría de las situaciones, por lo que la "restitutio in integro" o sea la devolución de las cosas a su estado inicial, normalmente, no es posible, siendo esta la razón por la que los juristas romanos idearon el equivalente pecuniario, o sea, el sistema de compensación del daño infringido.

De lo anterior se desprende que la responsabilidad civil tiene una función, en principio, exclusivamente reparadora o compensatoria de la víctima, esto significa que el fin del derecho de la responsabilidad civil es definir, de manera previa, las reglas de indemnización o reparación que se deben aplicar ante la ocurrencia de un daño causado.

No obstante lo dicho, y a pesar de la claridad que parecen inspirar las anteriores aseveraciones que afirman la finalidad exclusivamente resarcitoria de la responsabilidad civil, no es posible obviar que se ha discutido la existencia de una función punitiva y también de una función preventiva del derecho de daños.

En este sentido, nos referiremos a ambas funciones y veremos el porqué no corresponde, ninguna de ellas, al fin del derecho de daños.

En cuanto a la finalidad preventiva:

En primer término, y en lo que a la finalidad preventiva que pretende achacársele a la responsabilidad civil se refiere, digamos lo siguiente: un sistema preventivo, por definición, es aquel que funciona o se activa en un momento previo o anterior a que ocurra el hecho o situación que se pretende evitar. El derecho de la responsabilidad civil, como hemos visto, tiene como fuente peculiar un daño causado, esto significa que el sistema compensatorio arranca una vez que el daño ha ocurrido; es decir, es ante un daño cometido que se produce una reclamación y es entonces cuando se le puede hacer responsable a un sujeto por ese daño y por lo tanto obligársele a resarcir ese daño en la cantidad que se determine.

Lo anterior significa que el derecho de daños no previene ni evita la ocurrencia o causación de daño alguno, muy por el contrario, busca reparar un daño ya producido, de manera tal que teleológicamente la prevención no concierne al derecho de la responsabilidad civil.

2. Ley del Talión: proviene de "talio" (tal, semejante, en latín);
"¡Oh creyentes! Se os ha prescrito la ley del Talión en casos de homicidio: el libre por el libre, el esclavo por el esclavo, la mujer por la mujer. Pero, si a alguien le rebaja su hermano la pena, deberá indemnizar a éste espontánea y voluntariamente. Esto es un alivio y misericordia por parte de vuestro Señor. Mas quien después de esto se vengue, sufrirá un severo castigo." En la ley del Talión tenéis asegurada la vida, hombres de intelecto! Quizás, así, temáis a Allah" (Corán, 2:178-179). La costumbre de los árabes preislámicos era que si alguno de ellos era asesinado decidían vengarse empleando todas sus fuerzas, hasta el punto que por la muerte de una sola persona estaban dispuestos a matar a todos los miembros de la familia del asesino. Entonces "descendieron" las aleyas explicando la Ley del Talión, que buscaba equilibrar y regular la venganza.

Siendo así las cosas, ¿por qué se ha hablado de una función preventiva? Ello tiene como base el aparente desestímulo a infringir daños que la imposición de reparaciones produce, dicho en otras palabras, siendo natural que a nadie le agrade ver disminuido su peculio, es obvio que nadie estará contento de tener que efectuar una indemnización que implicará una erogación patrimonial.

No obstante, y a pesar de que, como una consecuencia secundaria de la existencia del derecho de la responsabilidad civil, pueda operar una desestimulación en cuanto a la causación de daños en vista de que ello promueva, en las personas, una actitud de diligencia, debe tenerse claro que ese estímulo a ser diligente no es la función para la cual, desde un inicio, se ideó el derecho de daños.

Lo que sucede es que, en algunos casos, como consecuencia del hecho de que a nadie le gusta pagar y ver disminuido su peculio y ante el conocimiento de que la causación de un daño implica el deber de repararlo, es posible que se produzca el fomento de la diligencia, pero es un efecto psicológico ante la posibilidad de que opere la responsabilidad civil con su función resarcitoria, es decir, podría considerarse ese fomento a la diligencia como una consecuencia derivada de la función indemnizatoria del derecho de daños, pero nunca una función en sí misma.

En cuanto a este aspecto, en los últimos años han surgido dudas, sobre todo en los casos de daños continuados, esto es, aquellos que no se agotan con una sola acción sino que la conducta dañosa se mantiene en el tiempo, como por ejemplo en muchos tipos de daños causados al ambiente. Es en estos casos donde nos encontramos conque lo ideal es que la lesión al interés jurídico deje de producirse y por eso lo primero que se ordena en la sentencia, o incluso como medida cautelar previa a la sentencia, es que cese la causación de la lesión y una vez cesada, se valore la magnitud del mismo y se proceda a su reparación. ¿Indicará lo anterior una cierta reminiscencia o influencia de una finalidad preventiva?

A fin de ser consecuentes con lo dicho y con la integridad y plenitud del ordenamiento jurídico, la respuesta al anterior cuestionamiento debe ser negativa, ello por cuanto, y a pesar de que esto se ha querido destacar con motivo de los daños causados al ambiente, la obligación de cesación de causación del daño no es algo nuevo y, más bien, se deriva como una consecuencia lógica en todo caso de daños.

Es innegable, dentro del Derecho Civil, la posibilidad de que se recurra al ordenamiento jurídico para que se haga cesar cualquier lesión a un derecho, pudiendo venir, o no, acompañada esta "causa petendi" de la solicitud de indemnización por un daño causado. Es una derivación lógica ante una situación particular el que si los efectos dañosos persisten lo primero que se ordene sea la finalización de dicha actividad lesiva, o sea, que se ordene que no se continúe dañando o lesionando el derecho.

Pero, ¿será esta posibilidad de pedir que se haga cesar la violación parte del derecho de daños? Definitivamente no, como se ha dicho, es una derivación lógica de un sistema integral de derecho donde, si se está produciendo un daño, es decir, si existe actividad lesiva actual de un derecho, el ordenamiento jurídico dispondrá que este se detenga y esto surge de la calidad de derecho subjetivo[3] de que gozan los derechos.

El derecho subjetivo, como situación de posibilidad o poder concreto concedido a la persona por el ordenamiento jurídico para que administre y defienda su derecho posee, dentro de su estructura, un elemento interno que es una posibilidad que le permite querer o hacer. Es la facultad de actuar que se le concede a una persona formando parte del contenido de su derecho. Pero, por otra parte, y como consecuencia lógica del elemento anterior, para que se pueda hacer efectivo ese primer elemento, el derecho subjetivo tiene un elemento externo, que es la posibilidad de exigir de los demás respeto al ejercicio de aquella facultad de obrar o querer que corresponde a nuestro derecho. El ordenamiento jurídico no solo enuncia y otorga esa facultad a la persona sino que además le

3. Bernardo Windscheid: es un poder de la voluntad o señorío del querer, reconocido a las personas por el orden jurídico.
Rodolfo Ihering: es un interés jurídicamente protegido.
Thon: es un poder reconocido a la voluntad para la protección de un interés.
Hans Kelsen: no existen derechos subjetivos como entidades separadas del derecho objetivo. El derecho subjetivo es el mismo derecho objetivo en relación con el sujeto de cuya declaración de voluntad depende la aplicación del acto coactivo estatal señalado por la norma.
Jorge Jellinek: el derecho subjetivo es un interés tutelado por la ley, mediante el reconocimiento de la voluntad individual.
Larenz: sustituye el concepto de derecho subjetivo por el de situación jurídica objetiva.

da los elementos para hacer posible esa facultad, ya que de lo contrario sería ilusoria. Este segundo elemento se traduce, de forma práctica, en lo que conocemos como "pretensión" que se encausa mediante la vía de la acción[4], que es, en última instancia, el medio que el ordenamiento jurídico brinda para que las personas hagan valer sus derechos, cuando de alguna manera han sido impedidos.

El ordenamiento jurídico da los medios para hacer respetar nuestros derechos, de manera que, ante cualquier injerencia o lesión contraria a los mismos, tenemos la opción de acudir a las vías[5] que dicho ordenamiento establece para hacer cesar la violación o daño. De esta manera, cuando una persona solicita que se obligue a detener la actividad lesiva, lo hace en virtud de tener un derecho subjetivo que le permite exigir de terceros el respeto a ese derecho y, por lo tanto, el cese de la producción de daños. Esto se produce independientemente de que exista o no una pretensión de indemnización y, de hecho, como hemos visto, son cosas totalmente separadas que no debemos confundir, ya que el derecho de la responsabilidad civil es el derecho de las indemnizaciones y ese es su exclusivo ámbito de acción.

En cuanto a la función punitiva y los "Punitive Damages":

En lo que a la función punitiva se refiere, en principio, la responsabilidad civil no busca castigar, tampoco busca reprochar y ni siquiera resocializar. Como se ha insistido, el derecho de daños procura reparar a la víctima del daño sufrido, asignándole a un sujeto la obligación de efectuar dicha reparación en virtud de un elemento de imputación que lo hace responsable. Dentro de este orden de ideas, poco debería importar la culpa o el dolo con que se haya actuado y, por lo tanto, la indemnización deberá ir en función, únicamente, del valor del daño y, en principio, no más allá de ello.

No obstante lo anterior, y respecto al tema de la existencia de cierta finalidad punitiva en el derecho de daños, el asunto es bastante más complejo que en lo tocante a la función preventiva, ya que modernamente ha surgido lo que en Derecho anglosajón se ha denominado los "punitive damages", que implican una condena que va más allá de la simple reparación. Es decir, en sentencia se ordena hacer un pago adicional al monto en que se ha valorado la reparación del daño.

Sobre los "Punitive Damages":

Los daños punitivos son una institución de origen británico. Históricamente, este tipo de condenas se han impuesto para desincentivar el mal intencional, las conductas dolosas, temerarias y ultrajantes o abusivas.

Esta institución del Common Law implica una condena que no consiste en una compensación por un daño sino en una multa ordenada por los jurados civiles para castigar ciertas conductas y desincentivar su ocurrencia futura.

Los "Punitive Damages", también llamados "exemplary damages" o "vindictive damages" son una condena en sede civil, impuesta al demandado en forma adicional a la indemnización por los daños causados. Con ellos se busca que, una vez compensada la víctima por el daño sufrido, se castigue al demandado en virtud de las características y motivaciones subjetivas de su conducta y, así mismo, se disuada al autor del daño y a la generalidad de las personas, de cometer futuras conductas dañosas de ese tipo o similares[6].

4. La acción como el medio para hacer valer una pretensión ante los tribunales de justicia.
5. No debe dejarse de lado que además de la posibilidad de acudir a la vía judicial para hacer respetar un derecho, existen vías administrativas mediante las cuales puede detenerse la violación a un derecho y ellas también vienen dadas por el ordenamiento jurídico, por lo que son igualmente medios álidos aunque no necesariamente definitivos en la protección efectiva de los derechos.
6. En este sentido:
El Black's Law Dictionary, 6th Edition, Henry Campbell, 1999, page 352, contiene una definición que sintetiza lo estimado por alguna jurisprudencia estadounidense: "Exemplary or punitive damages. Exemplary damages are damages on an increased scale, awarded to the plaintiff over and above what will barely compensate him for his property loss, where the wrong done to him was aggravated by circumstances of violence, ppression, malice, fraud, or wanton and wicked conduct on the part of the defendant, and are intended to solace the plaintiff for mental anguish, laceration of his feelings, shame, degradation, or other aggravations of the original wrong, or else to punish the defendant for his evil behavior or to make an example of him, for which reason they are also called "punitive: or "punitory" damages or "vindictive" damages. Unlike compensatory or actual damages, punitive or exemplary damages are based on an entirely different public policy consideration that of punishing the defendant or of setting an example for similar wrongdoers, as above noted. In cases in which it is proved that a defendant has acted willfully, maliciously, or fraudulently, a plaintiff may be awarded exemplary damages in addition to compensatory or actual damages. Damages other than compensatory damages which may be awarded against person to punish him for outrageous conduct. Wetherbee vs. United Ins. Co. of America, 18 C.A.3d, 95 Cal. Rptr. 678, 680."

El Dictionary of Law, Oxford University, define los "punitive damages" como "una indemnización por daños y perjuicios otorgada para castigar al demandado en lugar de simplemente compensar al demandante por el daño causado. Este tipo de daños y perjuicios son excepcionales ya que la regla general es que lo que se compensa es solamente la pérdida causada. Ellos pueden otorgarse en algunas acciones de daños: (1) cuando expresamente lo autoriza la norma; (2) como castigo contra los actos arbitrarios o inconstitucionales de los servidores públicos; (3) cuando el demandado ha calculado deliberadamente que las ganancias que obtendría cometiendo el daño pueden superar los daños y perjuicios de una eventual condena (por ejemplo, por publicar un libro difamatorio). En situaciones de este tipo, se dan los daños y perjuicios ejemplarizantes para demostrar que 'el daño no paga'. Los daño y perjuicios ejemplarizantes no pueden ser dados por ruptura de contrato"[7].

Lo más común es que este tipo de condenas se apliquen cuando con el daño se obtiene un beneficio que supera la indemnización a la víctima, como serían, por ejemplo, en daños al ambiente o en lesiones a la intimidad y derechos de la personalidad. En estos ejemplos, normalmente las ganancias obtenidas cuando se causa una lesión son muy superiores a la simple indemnización o reparación a la víctima.

Pero la situación no es tan sencilla como la entrega de un monto adicional y frecuentemente superior al indemnizatorio, ya que si se le da el dinero extra cobrado a la víctima (como ha sucedido en bastantes casos en el Derecho anglosajón), nos encontraríamos ante un enriquecimiento sin causa y es por ello que se han buscado nuevas soluciones, como sería el destino del dinero no a un sujeto sino a fines específicos. Por ejemplo, en una sentencia en los Estados Unidos se condenó, al pago de daños punitivos, a una empresa fabricante y distribuidora de automóviles para que esa suma fuera destinada a que se retiraran los vehículos defectuosos del mercado.

Como dato interesante resalta que, tradicionalmente, el monto de los "punitive damages" pedido por el actor y otorgado por los jueces en las acciones civiles se basaba en el disvalor de los actos del demandado para que sea un castigo adecuado para la conducta dolosa; sin embargo, cada vez con mayor frecuencia, los abogados del demandante solicitan este tipo de condenas apelando simplemente a la riqueza del demandado y no a la naturaleza de sus actos.

En todo caso, en nuestro derecho, al igual que en la cultura jurídica europea continental, la institución de los "punitive damages" es ajena, e incluso contraria, al Derecho Civil, ya que un juez civil puede condenar al demandado a pagar una indemnización compensatoria del daño causado, pero por lo general no puede imponer penas, como sería el otorgamiento de daños ejemplarizantes, ya que el medio y sistema por el cual el Estado puede reprochar una conducta e imponer una pena es el Derecho Penal[8].

Otras definiciones en igual sentido:
Rupp's Insurance & Risk Management Glossary. © 2001, NILS Publishing Company: "punitive damages: Damages awarded in a civil lawsuit in order to punish wrongdoing of a greater culpability than simple negligence, without regard to compensating the plaintiff's actual loss. Punitive damages are intended as a deterrence. Some states prohibit insurance of punitive damages on the grounds that spreading the risk of punishment for willful misconduct lessens the deterrent effect. Some policies specifically exclude coverage for punitive damages, while others rely on state laws".
http://law.freeadvice.com/general_practice/legal_remedies/damages_punitive.htm: "WHAT ARE PUNITIVE DAMAGES? Where the defendant's conduct is found to be intentional or willful or wanton or malicious, the courts may permit an award of punitive damages in addition to compensatory damages. Punitive damages are intended to punish the defendant and to discourage the conduct of the type the defendant engaged in. For example, in the O.J. Simpson civil case, the jury awarded relatively modest compensatory damages, but awarded the Brown and Goldman families tens of millions of dollars in punitive damages against Simpson, because the jury found, in effect, that Simpson murdered Brown and Goldman".
http://www.lectlaw.com/def/d006.htm: "DAMAGES, PUNITIVE - The purpose of punitive damages is to punish a defendant and to deter a defendant and others from committing similar acts in the future. Plaintiff has the burden of proving that punitive damages should be awarded, and the amount, by a preponderance of the evidence. punitive damages may be awarded only if defendant's conduct was malicious, or in reckless disregard of plaintiff's rights. Conduct is malicious if it is accompanied by ill will, or spite, or if it is for the purpose of injuring another. Conduct is in reckless disregard of plaintiff's rights if, under the circumstances, it reflects complete indifference to the safety and rights of others".

7. Dictionary of Law, Oxford University Press © Market House Books Ltd 1997: "Damages given to punish the defendant rather than (or as well as) to compensate the plaintiff for harm done. Such damages are exceptional in tort, since the general rule is that damages are given only to compensate for loss caused. they can be awarded in some tort actions: (1) when expressly authorized by statute; (2) to punish oppressive, arbitrary, or unconstitutional acts by government servants; (3) when the defendant has deliberately calculated that the profits to be made out of committing a tort (e.g. by publishing a defamatory book) may exceed the damages at risk. In such cases, exemplary damages are given to prove that "tort does not pay". Exemplary damages cannot be given for breach of contract".
8. Artículo 39, Constitución Política de la República de Costa Rica.

Así las cosas, en nuestro derecho los "Punitive Damages" no resultan admisibles porque son una pena privada que se impone, en un proceso civil, al causante de un daño por una actividad dolosa o gravemente negligente, por un importe adicional y, usualmente, superior al de la indemnización puramente compensatoria.

Consecuencias de la función reparadora:

Teniendo clara, en nuestro derecho, la función resarcitoria de la responsabilidad civil, veamos las consecuencias que de ello se extraen:

La indemnización no debe graduarse con arreglo a la gravedad de la conducta provocadora del daño sino con arreglo a la magnitud del daño mismo: esto significa que no debería interesar la intencionalidad o el grado de culpa que contenía la conducta subjetiva provocadora del daño. De esta consecuencia se deduce la carencia de finalidad punitiva del derecho de daños, ya que es claro que no importa el ánimo con que actuó el sujeto para efectos de obligarle a reparar el daño causado. En este sentido, quedarían excluidos los "punitives damages" ya que, como se ha dicho, estos se gradúan en función de la intencionalidad y gravedad de la conducta provocadora del daño, lo cual es valorable en la vía penal, cuyo fin es diferente al compensatorio del derecho de daños.

La acción de reclamación y derecho de indemnización es transmisible mortis causa a los herederos de la víctima: debido a que la función es resarcitoria, y lo que se persigue en última instancia es que se compense el daño causado, esa reparación, que normalmente se traduce en un deber de carácter pecuniario, puede ser asumida por los herederos de la víctima, ya que el daño puede ser reparado aun en la persona de los herederos, quienes pueden ejercer las acciones correspondientes para exigir esa indemnización.

El deber de indemnización persiste y trasciende la muerte del dañador: esto implicará que la víctima o sus herederos podrán hacer valer sus derechos ante la sucesión del causante del daño. Este punto deja muy clara la función exclusivamente reparadora y la exclusión de la función punitiva, pues la acción por indemnización no se extingue con la muerte del dañador sino que, debido a que el fin es resarcitorio, su patrimonio continuará respondiendo aun después de su muerte.

¿Se puede asegurar la responsabilidad civil? Es perfectamente posible que se establezcan seguros que cubrirán, hasta por determinados montos, la indemnización ante un daño causado.

La responsabilidad civil siempre está sometida al principio de rogación, es decir, es necesario pedirla aunque sea en sede penal por cuanto no se concede de oficio y esto se debe a que como su fin es compensatorio, es un interés privado de la víctima el ver resarcido su daño. No hay un interés público en establecer una sanción ya que no es un castigo al dañador.

No se pueden invocar indubios ni aplicación de ley más favorable. A diferencia de lo que ocurre en el caso de las sanciones que impone el Derecho Público, mediante el Derecho Penal, a un sujeto por un ilícito cometido, en el derecho de responsabilidad civil no es posible lograr reducciones en las sentencias invocando leyes más favorables u otras vías, porque de lo que se trata es de resarcir a la víctima de manera que la condena se fijará, exclusivamente, en función de ello.

III. Presupuestos de la responsabilidad civil

Tradicionalmente, se ha dicho que para que haya relación de resarcimiento debe haber un daño (que es el fundamento de la responsabilidad civil), una conducta (que es la acción u omisión provocadora del daño), debe existir relación de causalidad entre la conducta y el daño y además era necesaria la culpa. Veamos cada uno de estos elementos en detalle:

El daño

Como hemos dicho, el daño es lo que da fundamento para que exista la responsabilidad civil, pues dicho daño es lo que se intenta compensar mediante este instrumento que es el derecho de daños. Así las cosas, lo primero que se debe saber es qué entendemos por daños.

Como punto de partida se debe tener claro que este es un instrumento jurídico que, por lo tanto, protegerá y buscará dar resarcimiento a intereses que hayan sido afectados y que estén protegidos por el ordenamiento jurídico. Eso significa que un daño supone una lesión a un interés jurídicamente relevante de manera tal que, en sentido jurídico, no existe da-

ño si no hay un interés jurídicamente tutelado que se encuentre afectado.

Por otra parte, un daño será indemnizable siempre que la víctima no tenga obligación de soportarlo, de modo que no serán indemnizables los daños ocurridos con motivo del ejercicio legítimo de algún derecho, teniendo claro que legítimo implica, entre otras cosas, que no podrá existir abuso del derecho.

En este orden de ideas, existirá daño indemnizable cuando exista una afectación a un interés jurídicamente relevante y el destinatario, de ese interés tutelado por el ordenamiento jurídico, no se encuentra en una posición en la que tenga el deber de soportar la lesión, como sí ocurriría, por ejemplo, en caso de legítima defensa.

Es importante tener presente la extensión de lo indemnizable, es decir, cuando se habla de daño indemnizable entendemos que ese concepto abarca dos elementos básicos que son, por una parte, el daño emergente y, por otra, el lucro cesante.

Por daño emergente entendemos la pérdida inmediata de valor pecuniario que sufre la víctima. Dentro del cálculo de esa pérdida directa de valor, que se registra en el peculio del afectado, se debe considerar, cuando proceda, la llamada "pérdida de valor mercantil[9]".

El lucro cesante son todas las ganancias que se dejarán de percibir en virtud de la afectación sufrida. Como consecuencia directa de la lesión a un derecho es posible que, al interrumpirse la forma en que se venía ejerciendo dicho derecho, se interrumpa la obtención de beneficios o ganancias que se hubieran obtenido de no haber sucedido la lesión. Lo anterior implica que, para que exista una indemnización justa y realmente reparadora, es necesario que esas ganancias que efectivamente se dejan de percibir sean compensadas, motivo por el cual son parte integrante del concepto de daño indemnizable.

Una conducta

La existencia de conducta implica la presencia de un ser humano que efectúa una acción o una omisión. La acción implica la existencia de actividad voluntaria; por su parte, la omisión, significa la existencia de inactividad voluntaria. Lo anterior quiere decir que para que se produzca un daño indemnizable es indispensable la existencia de una actividad o inactividad humana voluntaria, que hace que de ella derive el infortunio dañoso.

Relación de causalidad

Es necesaria la existencia de una relación de causalidad entre la conducta y el daño producido para que, por parte del autor de la conducta, exista la obligación de reparar el daño. La relación de causalidad implica que de la conducta del agente se derive el daño, en otras palabras, que el daño sea una consecuencia de la acción u omisión.

La existencia de culpa/elemento de imputación

Por mucho tiempo se entendió la culpa como el elemento necesario para hacer a un sujeto responsable de un daño producido, es por ello que nuestro Código Civil, y todos los códigos de corte napoleónico, exigen la culpa para establecer la existencia de la obligación de resarcir.

Lo que se debe entender es que la culpa cumplía y, en mucho, sigue cumpliendo la función de elemento de imputación. Es decir, para que se haga responsable a una persona por una afectación y se le obligue a indemnizar es necesario un elemento que ligue directamente a esa persona con el resultado dañoso y esto es lo que entendemos como elemento de imputación, que tradicionalmente ha sido la culpa.

Dadas las circunstancias reales de la vida en sociedad, hasta hace unos cincuenta o poco más años, la culpa cumplía satisfactoriamente su función de servir como elemento de imputación. Pero con los avances tecnológicos y científicos ese elemento de imputación ha ido dejando de ser eficiente a los efectos de la función reparadora del derecho de daños.

La idea de la culpa, más que en el Derecho Romano y la Lex Aquilia, se difunde de manera generalizada con el pensamiento cristiano y es a partir de allí que logra permear fuertemente el orden jurídico.

9. RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos, RESPONSABILIDAD CIVIL, Ediciones Jurídicas ARETE, San José, Costa Rica, 1999, pág. 80. Sobre la pérdida de valor mercantil indica que es "la pérdida de valor que experimenta el bien como consecuencia de ser una cosa 'reparada', que se vio afectada por un accidente y respecto de la cual existe la sospecha, desconfianza o preocupación de que, en el futuro, aparezcan nuevas fallas o consecuencias de ese percance".

Ese hecho tiene abierta acogida por el hecho de que con ese elemento de imputación bastaba para dar solución a la mayoría de las situaciones de daños, por cuanto estos eran muchísimo menores, tanto cuantitativa como cualitativamente, respecto de los actuales, situación que se explica en la evolución y avance de los métodos y modelos de producción y desenvolvimiento de la sociedad en general, que hacen que al día de hoy las fuentes del daño sean más y mayores y, asimismo, las consecuencias dañosas sean mucho más gravosas y la identificación del productor del daño sea de difícil solución o incluso imposible, además de que en gran cantidad de casos puede que ni siquiera medie la existencia de culpa o que el daño sea totalmente inevitable.

Así las cosas, ahora se ha entendido que, realmente, ese elemento de imputación por el cual se liga y se hace responsable a un sujeto por un hecho dañoso, no tiene que ser, necesariamente, la culpa, sino que lo requerido es algo que permita hacer ese juicio del que deriva que a ese sujeto le impute la causación del daño y en virtud del cual no se le achaque, a quien sufre ese daño, la obligación de soportarlo.

La decisión acerca del elemento de imputación lo que hace es dar fundamento a la responsabilidad civil y eso es algo invariable, lo que puede variar es a qué aspecto el ordenamiento jurídico escoge darle el rango de elemento de imputación. Como hemos visto, la realidad fáctica y el pensamiento humano han cambiado y, por lo tanto, se deben cambiar ciertos criterios que presiden la responsabilidad civil y ajustarlos a dicha realidad.

De ese modo, en esa decisión en la que hay que elegir a quién le atribuimos la obligación de reparar o soportar ese daño, si a un dañador o a la víctima, se debe establecer ese factor de imputación que puede ser de diversa índole: podría ser la culpa, pero caben más elementos o causas de imputación como sería una realidad objetiva, caso en el cual no es necesario fijarse en la parte subjetiva del sujeto a quien se le imputa el daño.

IV. Objetivación de la responsabilidad civil

Desde la época justineanea hasta la codificación, ha sido preciso, como hemos señalado, que el causante del daño haya incurrido en culpa, de ahí la célebre frase "No hay responsabilidad sin culpa" (Ihering), y eso es lo que cristaliza en el Código Civil francés y en la versión costarricense de 1888. Con ese criterio, se exigía la culpa como uno de los requisitos indispensables para que se tuviera por existente la responsabilidad civil.

En cuanto a la culpa, el modelo clásico (que es el concepto que debería conservarse porque en nada ha cambiado desde un punto de vista de la culpa considerada en sí misma) la entiende de manera paralela al dolo (que implica conocer y querer, es decir, querer un resultado específico). Desde este punto de vista, la culpa implica la posibilidad de previsibilidad del resultado dañoso más una omisión de la diligencia exigible mediante cuyo empleo se hubiera podido evitar ese resultado dañoso, o lo que es lo mismo, falta al debido deber de cuidado, falta por la que no se previó el resultado dañoso o por la que habiéndose previsto el resultado dañoso no se tomaron las medidas para evitarlo.

La culpa es la no diligencia o, como se ha definido, la falta al debido deber de cuidado. Pero como puede verse, es una definición de un concepto negativo y eso crea un problema porque hay que definir cuál es el nivel de diligencia exigible.

Sobre el nivel de diligencia exigible se ha establecido que el estándar de prudencia debe ser el del buen padre de familia. Esto ha de entenderse como la diligencia que exige el sector del tráfico de esa actividad específica en un momento determinado. Es lo que en Derecho anglosajón se conoce como el "standar of care".

Es importante, además, el hecho de que, a nivel probatorio, y en virtud del principio de que quien afirma debe probar, la víctima, que es quien, normalmente, reclama indemnización por un daño, deberá probar no solo la existencia de ese daño sino que además, y según el sistema culpabilístico, la culpa de quien lo produjo, para que este responda y se vea obligado a indemnizar.

Este modelo clásico en muchos casos resulta ineficiente, ya que, como hemos señalado, en la realidad hay un cambio de mentalidad colectiva, que se inicia a principios de siglo, y con ello a la sociedad le deja de importar la causa del daño y se preocupa más por la compensación del mismo, que es lo realmente importante, pues no se trata de reprochar la conducta sino de obtener una reparación justa, de manera que

ese esquema de responsabilidad, basado en la culpa cristiana, ha dejado de dar soluciones a muchos de los casos actuales.

Dado lo anterior, y como tendencia mundial ante la situación expuesta, en la práctica se han producido dos fenómenos:

- Aparición de leyes que consagran la responsabilidad objetiva.
- Aparición de un torrente jurisprudencial en ese mismo sentido, amén de la dificultad que impone el espíritu de la norma de los códigos civiles de corte napoleónico, como el nuestro.

En el fondo de todo esto está la teoría del riesgo creado como elemento de imputación, es decir, deja de ser necesaria la culpa y ella es sustituida por otro aspecto, el riesgo. Esto significa que si el daño se deriva de una actividad riesgosa de la que un sujeto obtiene un beneficio económico o alguna utilidad, parece justo que soporte el daño ese sujeto y no la víctima.

Este cambio de mentalidad parece tener como base el principio jurídico de protección al débil, el cual es una constante en toda la historia del Derecho y tiene como origen el principio de igualdad. Como por regla general el débil es el dañado, se busca protegerle y no dejarle sin reparación[10].

En virtud de lo anterior, y como tendencia mundial, hoy día el resarcimiento es un derecho de la víctima y por ello en el derecho moderno se puede hablar de un Principio General del Derecho que se ha denominado "Indubio Pro Damnato" o "Favor Victimae".

Como anteriormente mencionamos, para lograr la reparación de los daños en todos los casos y hacer una aplicación del principio "pro damnato", en algunos países con códigos civiles de corte napoleónico, que consagran la responsabilidad por culpa, se ha recurrido, por una parte, al mecanismo de la promulgación de leyes que establecen expresamente la responsabilidad objetiva[11] y, por otra parte, la jurisprudencia ha recurrido a ciertos mecanismos que traen como resultado final la implantación de un sistema de responsabilidad objetiva.

La jurisprudencia española es un buen ejemplo de esta tendencia y ella ha recurrido a los siguientes mecanismos:

Inversión de la carga de la prueba: en principio, y en aplicación estricta de la norma del Código Civil, rige el sistema de que quien alega debe probar, por lo tanto en caso de que un sujeto, víctima de un daño, pretenda la reparación o indemnización por un menoscabo, deberá probar no solo la existencia del mismo sino también tendrá que demostrar que quien lo produjo lo causó con culpa, es decir, por realizar una conducta sin el debido deber de cuidado.

En muchos casos, la carga probatoria para la víctima se hace sumamente difícil, o incluso imposible; además, no parece ser justo que en estos casos quien sufrió el daño y no se beneficia de la actividad que lo produjo deba probar que el dañador tuvo la culpa, o bien que no hubo caso fortuito. Es por ello que se invierte la carga de la prueba. No se debe entender que hay una presunción de culpa porque por eso se debe probar lo contrario, no se presume nada, es un simple traslado o inversión de la carga de la prueba.

Expansión en la apreciación de la prueba: en las obligaciones profesionales (de medios o de resultado) no se invierte la carga de la prueba pero se utilizan medios para aligerar la actividad probatoria y aliviarle a la víctima del daño esa situación. En este sentido se ha aplicado el principio de "res icsa loquitur", en virtud del cual se considera que en la práctica las cosas hablan por sí solas. Así, por ejemplo, si en una intervención quirúrgica, en la cual el resultado esperable era de cierto nivel de curación y ello no se produjo, o más bien se desmejoró, de alguna manera, el estado de salud del paciente como consecuencia de la operación, se presume que existió algún tipo de error o mala actuación en la intervención quirúrgica, situación que el presunto dañador deberá desmentir presentando la prueba de su correcto actuar.

Incremento del nivel de la diligencia exigible: se ha recurrido a la valoración de la actuación del dañador a través de un lente que impone un estándar de referencia muy alto, es decir, se considera que la diligencia del buen padre de familia, en el caso concreto, debe abarcar un sinnúmero de situaciones que real-

10. Sobre este punto dice Díez Picazo que en el fondo lo que subyace es la necesidad social de proteger a la persona frente al maquinismo que beneficia solo a una parte de la sociedad de una manera directa.
11. Un ejemplo, en este sentido, son los párrafos cuarto y quinto del artículo 1048 del Código Civil de Costa Rica, que tal y como lo ha determinado la jurisprudencia, establecen casos de responsabilidad objetiva.

mente superan el debido deber de cuidado que tiene el hombre medio buen padre de familia. Así, y en concordancia con esto, no basta el cumplimiento de los reglamentos para eximirse de la responsabilidad; eso significa que si el daño se produjo, aun habiéndose tomado todas las medidas de prevención exigidas por los reglamentos, se considera que no se agotó la diligencia suficiente y siendo ello un deber legal general, se deberá indemnizar a la víctima[12].

No es necesario que la conducta dañosa sea una acción u omisión ilícita: no se exige que la conducta productora del daño sea ilegal, lo que sí debe ser antijurídico es el daño, no el acto u omisión que puede ser totalmente lícito.

Así las cosas, estos han sido, básicamente, los medios jurisprudenciales usados en el Derecho Comparado para dar solución a casos de daños donde el sistema que toma como base la culpa no funciona eficientemente. Pero el precio de este tipo de aplicaciones e interpretaciones ha sido la creación de inseguridad jurídica, ya que la jurisprudencia, en su intención de adecuar las normas a la realidad de los tiempos, ha emitido resoluciones que no son uniformes, de manera que, en aquellas jurisdicciones donde se han empleado estos recursos, ante un determinado caso no es posible saber, a ciencia cierta, a qué atenerse.

Como solución prudente y que no causa un menoscabo a la seguridad jurídica, ni indefinición del derecho de daños, se impone la vía legislativa como el medio apropiado para dar respuesta efectiva a los daños que en nuestros días se producen.

Así las cosas, la tendencia, sea cual fuere la vía, es hacia el establecimiento de la responsabilidad objetiva, conocida en el Derecho anglosajón como "strict liability[13]", que no es más que un sistema de asignación de responsabilidad donde el elemento de imputación es ese riesgo creado, en virtud del cual se le imputa a ese sujeto, creador del riesgo, el daño causado y el deber de repararlo. Esto significa que es una asignación de responsabilidad sin que exista culpa por parte de la persona a quien se le achaca el deber de indemnización del daño.

V. Análisis económico del derecho de daños

La perspectiva que brinda el análisis económico del derecho se manifiesta en un aspecto muy concreto al ser aplicada (dicha perspectiva) al derecho de daños. Ese aspecto es el examen de la culpa desde el punto de vista económico. Lo anterior implicará que, de la aplicación del análisis económico del derecho de la responsabilidad civil se deriva la definición de la culpa en términos económicos.

Este sistema, al plantear una redefinición de la manera en que se debe concebir la culpa, lleva a que se mantenga, dentro del ámbito culpabilístico, el elemento de imputación, es decir, se mantendría la culpa como aquel elemento que hace que a un sujeto se le achaque la causación de un daño, dándole un contenido de aspecto económico a lo que se entenderá por culpa.

La consideración económica de la culpa parte del fin de la ciencia económica, que es, en definitiva, la asignación eficiente de los recursos. A partir de esta premisa se concluye que el objetivo del derecho de la responsabilidad civil es orientar el comportamiento de los seres humanos, de forma tal que se optimice el gasto generalizado destinado a prevenir y reparar daños.

Lo que se busca es encontrar el punto de equilibrio entre lo que se gasta en evitar el daño y lo que se

12. Como ejemplo de esto podemos mencionar varios casos en que, no obstante haber cumplido la compañía ferroviaria con todas las normativas en cuanto a retiros de las líneas de tren, vayas, semáforos, alarmas, etc., se produjo colisión del tren contra algún vehículo, habiendo sido condenada dicha compañía al pago del daño ocasionado.

13. Sobre este tema: http://injury-law.freeadvice.com/strict_liabilty.htm.: "Strict liability is a legal doctrine that makes some persons responsible for damages their actions or products cause, regardless of any "fault" on their part. Strict liability often applies when people engage in inherently hazardous activities, such as doing "blasting" in a city, or keeping wild circus animals. If the blasting damages you –no matter how careful the blasting company was– it is liable for the injury. Similarly if the animals escape and injure someone, the fact that the circus used the world's strongest cages and the highest standard of care imaginable will not let it get off the hook. Strict liability also may apply in the case of certain manufactured products. In strict product liability, typically anyone who is engaged in the stream of commence of the product (from the manufacturer to the wholesaler to the retailer, or all of them) can be held responsible if the product was defective and someone was injured. There is no need to prove negligence but the injured party must prove that the product was defective. Defective products may be the result of bad manufacturing for the failure to provide adequate instructions for the use of the product. Those engaged in the stream of commerce with respect to products should reasonably foresee that some people will misuse the product and should design the product so that injury does not occur. Disclaimers and waivers of liability for products are often invalidated by courts as against public policy (courts should not condone the manufacture and distribution of defective products) and typically warranties are limited so that manufacturers and retailers are held responsible for personal injuries caused by the use of the product".

gasta en repararlo, de manera que los recursos se destinen a la opción económicamente más eficiente, esto es, la opción de la que se obtenga el mejor resultado al menor costo posible.

Lo anterior significa que la mejor opción será evitar el daño, siempre y cuando el coste de las medidas preventivas no sea mayor que el coste de la reparación, es decir, hay que determinar, económicamente, qué es menos oneroso, si prevenir el daño o repararlo.

Fue con este razonamiento que un juez norteamericano[14], en 1947, dijo que existe culpa cuando los costes de previsión son inferiores al coste del accidente multiplicado por la probabilidad de que se produzca dicho accidente: CP< CA x PA ⇒ CULPA.

De este modo, entendemos que si se gasta en prevención menos de lo que se gasta en reparar el accidente entonces hay culpa. Si se gasta más en prevención que en reparación del daño, eso es un derroche inútil, es decir, hay un uso ineficiente de los recursos. El gasto óptimo es: CP = CA x PA.

Según esta perspectiva, la culpa no depende de nada más que del coste de previsión en relación con el coste del accidente y de la probabilidad de que ese accidente se produzca.

Así las cosas, a manera de ejemplo, piénsese en un caso de daños al ambiente: una empresa productora de leche, en lugar de tomar las medidas para tratamiento de los desechos, lanza a un río todos los residuos de la producción, ocasionando con ello un grave daño al ambiente. Es claro que las mínimas medidas de previsión hubieran consistido en la instalación adecuada de una planta de tratamiento de desechos. Si en este caso se opta por el análisis económico, se diría: ha habido daños al ambiente estimados en un valor de dos millones de dólares, CA = $2 millones. La instalación de la planta de tratamiento de desechos tiene un costo de setecientos mil dólares, CP = $700 mil. CP< CA = Culpa.

Hay una excepción al supuesto anterior y es cuando el accidente es inevitable. En este caso se sigue el criterio del "Cheapest Insurance", según el cual a la parte que le salga más barato asegurar el daño deberá pagar, si no tenía seguro. Para ver la aplicación de esto piénsese, por ejemplo, en el caso de un concierto donde por presión de una masa incontrolable y vandálica de personas, un cliente resulta seriamente lesionado, teniendo gastos de curación elevadísimos. Si se determina la imprevisibilidad e inevitabilidad del suceso, se debe calcular a quién le hubiera salido más barato asegurar este tipo de daños, si a los asistentes al concierto, considerando que cada uno de ellos hubiera tenido que adquirir una póliza de seguro, o si a la empresa promotora del concierto, la cual hubiera podido adquirir una póliza global por este tipo de daños. Parece que saldría más barato al empresario la adquisición de un seguro general que la suma del gasto en que cada cliente incurriría sacando un seguro individual. El empresario podría asegurar en condiciones más favorables y, por lo tanto, es culpable y debe indemnizar el daño.

Habiendo esbozado, a grandes rasgos, en lo que consiste la perspectiva económica del derecho, es conveniente hacer notar que, aunque no parece lo más razonable inclinarse de manera total hacia esta forma de análisis como única perspectiva ante un caso de responsabilidad civil, en general, creemos que en vista de que en esta materia las decisiones de los jueces afectan directamente la economía, las consecuencias económicas de esas decisiones no se deben dejar de lado y, más bien, deben ser tomadas en cuenta e incorporarse de manera que este criterio debe ser considerado como uno de los elementos por utilizar para fundamentar una decisión judicial en esta materia.

En cuanto a este punto particular cabe resaltar que, en los últimos treinta años, en EE.UU. y alrededor de unos veinte en España y otros países europeos, se ha hipertrofiado la responsabilidad civil al punto que el ejercicio de cualquier actividad, riesgosa o no riesgosa, puede constituirse en fuente de responsabilidad civil, esto, sobre todo, a partir de ciertas aplicaciones de los "punitive damages" que han hecho que, con el fin de lograr un gran lucro, se interpongan demandas pidiendo la reparación de algún daño.

Es por ello que, en Estados Unidos, se vienen criticando las llamadas "Gold Digging Actions", también denominadas "Bingo Lawsuit", que son acciones que solo buscan hacer millonarios a los reclamantes a costa del prójimo. Así, por cualquier tipo de daño derivado del uso o del consumo de produc-

14. Judge Learned Hand (1872-1961).

tos o daños con una conexión remota con los derechos de la personalidad, se entablan demandas que, en muchos casos, han derivado en condenas elevadísimas, cuya factura, en última instancia, es trasladada a la sociedad en general[15].

Un ejemplo de lo anterior es el célebre caso denominado "spilled hot coffee case", cuyo veredicto inicial contenía una condena millonaria contra la multinacional McDonald´s. Lo sucedido, a grandes rasgos, fue lo siguiente: una señora de 79 años de edad que viajaba en el asiento del acompañante, haciendo uso del autoservicio, desde su automóvil compró un café caliente, este le fue entregado y ella lo puso en su regazo y antes de salir del "drive-through" el café se derramó. El líquido, que tenía una temperatura de alrededor de 180 grados Fahrenheit, se esparció por el regazo de la mujer, causándole quemaduras de tercer grado, entre sus piernas y en sus partes genitales. La dama demandó a McDonald´s solicitando una indemnización por un monto de $20,000 y el jurado condenó a la empresa al pago de $160,000 por concepto de indemnización del daño –suma en la que incluso se contemplaba la indemnización por la imposibilidad temporal de mantener relaciones sexuales–, pero además, el jurado condenó a McDonald´s al pago de 2.7 millones de dólares adicionales por concepto de "Punitive Damages", condena posteriormente reducida a $480,000[16].

Como es claro, la perspectiva económica del derecho puede funcionar como un parámetro de decisión correctivo en este tipo de casos y es por ello que, para graduar el monto de las condenas por daños, esta perspectiva debe tenerse en cuenta ya que, como se ha indicado, las decisiones de los jueces en esta materia, definitivamente, producen consecuencias y tienen efecto en la economía.

VI. Algunas perspectivas de futuro

Como hemos analizado, se ha venido dando un gran cambio en lo referente al elemento de imputación, que ha sido tradicionalmente la culpa, que ha evolucionando hacia el riesgo, y en este sentido existe gran indefinición[17] y parece indispensable que se presente una solución unívoca, que brinde seguridad jurídica en este aspecto.

Por otra parte, un punto poco analizado hasta el momento, y de donde vendrán los cambios, es la parte de la causalidad, la cual parece empezar a experimentar algunas variaciones y cuestionamientos.

Este tema se encuentra ahora en el tapete, ya que se han presentado ciertas acciones en las que se busca hacer responsable a un sujeto por un daño, a pesar de que la conexión causal sea remota, por ejemplo, el caso de las demandas interpuestas, en los Estados Unidos, por parte de la seguridad social contra las tabacaleras. Esas acciones son una clara manifestación del fenómeno que señalamos ya que, en principio, parece difícil establecer una relación causal directa entre el dinero que la seguridad social gasta en curaciones de cáncer y la fabricación y distribución de cigarrillos por parte de las tabacaleras.

Sobre ese punto, parece razonable analizar el caso de aquella persona que se encuentra sufriendo de cáncer, producido por el fumado, y quiere que se le indemnice –aunque en este caso se debe analizar si hay riesgo asumido que es tanto como culpa de la víctima–, pero que la seguridad social intente cobrar a las tabacaleras es un asunto más complicado y lo que se debe analizar es si, jurídicamente, se puede afirmar que hay una relación de causalidad entre el tabaco y los millones que se gastan en curar el cáncer. Pero lo que ha pasado es que en esos pleitos la clave y argumento para intentar el cobro no es la responsabilidad civil objetiva sino un concepto de culpa muy rígido y antiguo, que nos llevaría a una concepción de una línea de causalidad donde acabaríamos culpando de todo a Adán y a Eva; es decir, hay solo una conexión filosófica, de manera que es indispensable analizar si se está en el camino correcto para, de ser necesario, corregir cualquier error que pueda conducir a un sistema que haga difícil de sobrellevar la vida en sociedad por estarse castigando riesgos propios de la vida misma.

Otro aspecto que parece claro en la actualidad es la tendencia a reparar todo daño accidental que sufre la persona y que deriva de la actividad de otro suje-

15. Sobre este punto ampliar en: http://www.pacificresearch.org/issues/legal/punitive/punitive.html
16. Más información en: http://www.cooter-uten.com/tort_liability.htm#McDonald's Coffee Case, o en, http://wis-injury.com/injurymcdonalds-coffee.html.
17. Sobre este aspecto: DÍEZ PICAZO, Luis, DERECHO DE DAÑOS, Editorial Civitas, Madrid, 1999.

to. Eso nos conduce a la socialización del riesgo, esto es, que el daño de uno lo soporten todos[18], siendo esta la filosofía que en el fondo había detrás del seguro de trabajo que es, históricamente, el primer tipo de responsabilidad que se ha asegurado. Lo que se busca es repartir el riesgo, siendo el ejemplo más radical de esta tendencia Nueva Zelanda, donde todo daño sufrido por una persona es cubierto por el Estado, quien en última instancia cobrará al responsable directo, pero en principio indemniza sin importar cómo haya acaecido el daño.

Otra tendencia que deriva de la línea de evolución antes indicada y que se constituye en una manera de socialización y distribución del riesgo es la propensión al aseguramiento de, prácticamente, todo tipo de daños, así como la imposición de seguros obligatorios, lo cual tiene por fin el permitir la efectiva indemnización de cualquier lesión producida.

Así mismo, nos encontramos en presencia, y no se vislumbra variación en esta tendencia, de una permanente proliferación de subáreas de la responsabilidad civil, como responsabilidad de los profesionales, de conductores, en la manipulación genética, del Estado, etc.

Otro aspecto es el hecho de que, con el fin de lograr seguridad jurídica en el establecimiento de las indemnizaciones, se está tendiendo a la valoración del daño, es decir, se establecen sistemas de medición que, de antemano, fijan los parámetros para el establecimiento de los montos de las indemnizaciones correspondientes a un daño específico.

Por último, y sin pretender, de ninguna manera, ser exhaustivos en cuanto al futuro de esta materia, quede señalada la existencia de una fuerte tendencia a igualar las consecuencias del daño causado dentro del marco de una obligación previa con las del daño acaecido fuera de una relación jurídica previa, dicho en otras palabras, se tiende a equiparar las consecuencias de los daños tradicionalmente llamados contractuales con los extracontractuales.

Bibliografía

Black's Law Dictionary, 6th Edition, Henry Campbell, 1999.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. *Tratado de responsabilidad civil*. Civitas, Madrid, 1993.

Dictionary of Law, Oxford University Press © Market House Books Ltd., 1997.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de daños*. Primera ed., Madrid, Civitas, 1999.

LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil*. Tom. II, Derecho de obligaciones. Vol. 2: Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito. Madrid, Dykinson, 1999.

MORELLO, Augusto M. *Derecho de daños (Dimensiones actuales y trayectorias)*. Librería editorial Platense, Argentina, 2000.

RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. *Responsabilidad Civil*. Ediciones Jurídicas ARETE, San José, Costa Rica, 1999.

ROCA I TRIAS, Encarna. *Derecho de daños. Textos y materiales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho Procesal*. Sétima ed., Montecorvo, Madrid, 1993.

Sitios en página Web:

http://law.freeadvice.com/general_practice/legalremedies/damages_punitive.htm
http://www.lectlaw.com/def/d006.htm
http://injury-law.freeadvice.com/strict_liabilty.htm
http://www.pacificresearch.org/issues/legal/punitive/punitive.html
http://wis-injury.com/injurymcdonaldscoffee.html
http://www.cooter-ulen.com/tort_liability

18. En cuanto a la socialización del daño: TUNC, André, La Responsabilité Civile, 2e édition, Paris/France, Economica, 1989.

LIC. LUIS PAULINO MORA LIZANO*

Libre despido y administración pública

Introducción

El régimen de empleo público costarricense ha sido delineado por nuestro constituyente en los artículos 191 y 192 de la Carta Política y ha sido estructurado en un andamio cimentado en tres pilares fundamentales: eficiencia del servicio público, idoneidad de sus funcionarios y estabilidad laboral de estos últimos.

No obstante lo anterior, nuestra Ley Fundamental ha dejado abierta la posibilidad de hacer excepciones a las dos últimas bases comentadas, permitiendo el libre nombramiento y destitución de ciertos funcionarios, dejando su más certera definición a la Ley y a la propia Carta Política.

Específicamente, el artículo 140, inciso 1) constitucional regula la facultad comentada en el párrafo anterior, estableciendo lo siguiente:

> "**Artículo 140.**- Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno:
>
> 1) Nombrar y remover libremente a los miembros de la fuerza pública, a los empleados y funcionarios que sirvan cargos de confianza, y a los demás que determine, en casos muy calificados, la Ley de Servicio Civil..."

En virtud de esta norma constitucional, la Administración Pública ha tomado una infinidad de acuerdos en los que se decide el despido con responsabilidad patronal de los funcionarios allí enunciados, sin dar mayores explicaciones acerca de la motivación del acto o en cuanto a la finalidad que se busca con él.

Por su parte, la Sala Constitucional, en jurisprudencia reiterada, ha sostenido la validez de la actuación administrativa comentada, aduciendo que el artículo 140, inciso 1) de la Carta Política faculta para actuar de esta manera (v. sentencias de la Sala Constitucional números 2350-96, 5118-94, 5036-94, 4999-94, 4957-94, 3753-94, 3342-94, 3291-94, 2577-94 y 485-93, entre otras). Incluso ha aceptado la posibilidad de remover a una mujer embarazada de su puesto, sin posibilidad de que esta solicite su reinstalación, por considerar que lo dispuesto en la Constitución desaplica lo enunciado en los artículos 94 y 94 bis del Código de Trabajo para estos casos, sin demérito de que pueda solicitar las indemnizaciones correspondientes (v. sentencia de la Sala Constitucional número 5932-94).

El artículo 140, inciso 1) y su interpretación

En virtud de lo expuesto hasta el momento, es necesario hacer un estudio del artículo 140, inciso 1) de la Constitución Política, para poder determinar si la práctica administrativa sobre el particular es la correcta.

Así las cosas, como toda norma jurídica, la que se comenta no se encuentra aislada del resto del ordenamiento jurídico, debiendo interpretarse de ma-

* Asesor Legislativo. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Latina de Costa Rica.

nera armónica con las demás disposiciones de éste. Por ello, si se examina lo dispuesto en el Título XV de la Carta Política parece evidente, tal y como se había adelantado, que el principal fin de los regímenes laborales públicos es lograr la idoneidad de sus funcionarios en aras de obtener eficiencia y buen desempeño en la prestación de los servicios públicos, a la vez que se les brinda estabilidad laboral.

Ahora bien, el mencionado inciso 1) del artículo 140 de la Constitución Política, como se ha visto, lo que hace es establecer una excepción al régimen de estabilidad laboral, de tal forma que el Poder Ejecutivo, por medio del ministro del ramo y del presidente de la república, pueda remover libremente a algunos funcionarios claramente determinados.

Sin embargo, esta facultad de remover libremente a estos funcionarios públicos no puede entenderse como una facultad de despido arbitraria. La discrecionalidad absoluta, en lo que atañe a las autoridades públicas, se encuentra prescrita del ordenamiento jurídico costarricense. Sobre esto, nadie mejor que el magistrado Piza Escalante (q.d.D.g.), para explicar el punto, tal y como lo hizo en su nota separada al voto número 2969-92 de las 9:54 horas del 2 de octubre de 1992:

> "... en el Estado democrático de Derecho es un principio intangible el de la interdicción de la arbitrariedad, la cual se define, en lo conducente, precisamente como la actuación de las autoridades públicas no sujetas a límites normativos, ya se trate de externo –el llamado bloque de la legalidad incluyendo los principios de regulación mínima, de reserva de ley, y la proscripción de toda discrecionalidad en tratándose de la competencia, el procedimiento y el fin legal, que han de tenerse siempre por reglados–, ya de los internos –entre los cuales la exclusión de toda discrecionalidad respecto de la verdad de los hechos determinantes y de gran parte de ella respecto a los conceptos jurídicos indeterminados, así como la sumisión a los criterios unívocos de la ciencia y de la técnica y a un mínimo de racionalidad y razonabilidad, conveniencia y oportunidad, equidad y justicia, proporcionalidad, buena fe, respeto de los derechos adquiridos y respeto absoluto, en general, de las libertades y derechos fundamentales de la persona humana–; y todo ello sujeto, además, al contralor jurisdiccional, en nuestro caso tanto de la Jurisdicción Contencioso Administrativa como de la Constitucional o cualquier otra atinente, función jurisdiccional que ya esta Sala ha declarado es exclusiva y universal de los tribunales de justicia integrados en el Poder Judicial: exclusiva en cuanto nuestro derecho de la Constitución no admite tribunales especiales ni tribunales propiamente dichos integrados en ningún otro Poder o autoridad –sin perjuicio de lo establecido en la Constitución respecto del Tribunal Supremo de Elecciones–; universal, en cuanto no se reconoce la posibilidad siquiera de acto alguno no justiciable, como ocurre en otros con los llamados políticos o de gobierno, por ejemplo (ver sobre esto la Sentencia #1148-90 de las 17:00 horas del 21 de setiembre de 1990). Lo anterior significa que no es concebible en Costa Rica ningún acto libérrimo, como pretende la mayoría en la sentencia de inconstitucionalidad citada, mucho menos exento de la fiscalización que el propio artículo 48 de la Constitución encomienda a esta Sala, sin ninguna posible excepción."

Similar criterio se expresa en el voto salvado del extinto magistrado Piza Escalante, recaído en la sentencia de la Sala Constitucional número 2859-92 de las 14:45 horas del 8 de setiembre de 1992.

En este orden de ideas, debemos concluir que la facultad de libre remoción no es arbitraria. El contenido de este acto administrativo debe estar orientado a la consecución de un fin acorde con el ordenamiento jurídico nacional. En este sentido, el párrafo segundo del artículo 131 de la Ley General de la Administración Pública, número 6227 de 2 de mayo de 1978, el cual, más que una norma legal es la transcripción de un principio básico del Derecho Público, establece con claridad lo siguiente:

> "... la ausencia de ley que indique los fines principales no creará discrecionalidad del administrador al respecto y el juez deberá determinarlos con vista de los otros elementos del acto y del resto del ordenamiento."

En este sentido, el fin que se busque al aplicar la facultad de comentario debe ser razonable y ha de tender a brindar un mejor servicio público, el cual es el objetivo último de los regímenes laborales estatales. Cualquier otro fin que se persiga y que no tienda a la satisfacción del interés general, no puede justificarse válidamente, ni aun echando mano al artículo

140 inciso 1) constitucional. No sería válido, por ejemplo, despedir a un funcionario cuando el fin es deshacerse del personal que no sea del total agrado de la jerarquía institucional, o para garantizarse que el personal lo conformen seguidores del partido de gobierno, o para abrir espacio en el nombramiento de una persona que viene recomendada por personalidades políticas, o para evitar que el cesado presente denuncias en cuanto al manejo de la dependencia pública que se trate, entre otros casos.

Si bien el despido es libre, sus fines deben estar apegados al dictado del ordenamiento jurídico y, en el caso del empleo público, este deberá identificarse con la prestación del mejor servicio. No solo eso, sino que por el propio dictado legal, es labor del juez, incluso en su caso de la Sala Constitucional, el determinar el apego de los fines con el ordenamiento jurídico.

De igual forma, acerca de la motivación del acto, el artículo 136 de la Ley General de la Administración Pública determina lo siguiente:

> "**Artículo 136.-** 1. Serán motivados con mención, sucinta al menos, de sus fundamentos:
>
> a) Los actos que impongan obligaciones o que limiten, supriman o denieguen derechos subjetivos;
>
> (...)
>
> 2. La motivación podrá consistir en la referencia explícita o inequívoca (...) a propuestas, dictámenes o resoluciones previas que hayan determinado realmente la adopción del acto, a condición de que se acompañe su copia."

Así las cosas, si bien el artículo 140, inciso 1) constitucional faculta al Poder Ejecutivo para despedir a los miembros de la fuerza pública, por ser este un acto que suprime derechos subjetivos necesariamente debe hacer mención de los motivos que llevaron a tomar la decisión. En los acuerdos que se toman en este sentido, tal y como se había referido, no se hace alusión a su motivación y si bien la facultad del despido está regulada en su contenido en el inciso de la Carta Magna que se comenta, esto no exime de la aplicación de la Ley General de la Administración Pública en su implementación, tal y como lo demanda el principio de legalidad contemplado en el artículo 11 de la Ley Fundamental.

En otras palabras, lo que la norma constitucional busca es darle la facultad al Poder Ejecutivo para que los despidos de los funcionarios aludidos no deban motivarse necesariamente en situaciones constitutivas de causales de un cese sin responsabilidad patronal, pero no lo exime de consignar la motivación. Esto reviste especial importancia si tenemos en cuenta que los actos administrativos siempre pueden ser sometidos al contralor jurisdiccional, ya sea en sede contencioso administrativa, constitucional, o cualquier otra, según corresponda, y el omitir la motivación del acto deja en una situación de indefensión al afectado que se ve imposibilitado de debatir los alcances y la veracidad de esta, en clara violación de los artículos 39 y 41 de la Carta Política, principales salvaguardas del debido proceso en el ordenamiento jurídico costarricense. En este orden de ideas, se podría aceptar como motivación, por ejemplo, que el despido se realiza porque llega un nuevo jerarca que quiere ubicar a gente de su confianza para trabajar a su lado, o porque no se están dando los resultados esperados y se considera que una renovación de personal puede ser una medida que tienda a un mejor desempeño, o que existe un malestar general en contra del respectivo funcionario que torna las relaciones laborales si no tensas, incómodas, entre otras, todo en aras de lograr el mejor desempeño del servicio público. Pero nunca se podría motivar un despido en la solicitud de una personalidad política en ese sentido, o en cualquier otra situación que no se ajuste a los principios que arroja el ordenamiento jurídico.

De más está hablar de la necesidad de una motivación legítima es regulada en el primer párrafo del artículo 133 de la Ley General de la Administración Pública, el cual dispone lo que a continuación se transcribe:

> "**Artículo 133.-** 1. El motivo deberá ser legítimo y existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto."

Aciertos jurisprudenciales

No obstante lo dicho hasta ahora, también existen diversas resoluciones que han establecido ciertos límites a la facultad del libre despido administrativo.

Por ejemplo, se ha determinado que esta prerrogativa no puede ser utilizada como mampara para favorecer la violación de otros derechos de igual va-

lía de los afectados. Sobre este tema vale resaltar la sentencia número 23-92 de las 14:36 horas del 8 de enero de 1992, dictada por la Sala Constitucional, que a la letra dice:

> "II.-El artículo 140 inciso primero de nuestra Constitución Política faculta al Presidente de la República y al Ministro de Gobierno a remover libremente a los miembros de la fuerza pública y a los empleados y funcionarios que sirvan cargos de confianza, pero no puede válidamente concluirse que dicha norma faculte cualquier irrespeto a otras normas del mismo rango, como sería permitir que se remueva a un funcionario público discriminándolo en razón de su sexo, religión o raza, pues ello contraviene lo dispuesto expresamente en el artículo 33 constitucional..."

En igual sentido el voto de la Sala Constitucional número 1985-92 de las 16:30 horas del 23 de julio de 1992.

Por su parte, en el voto salvado de los magistrados Piza y Mora, suscitado en la sentencia de este tribunal número 3167-92 de las 10:05 horas del 23 de octubre de 1992, se determina que no se puede utilizar la prerrogativa del libre despido para obviar el derecho al debido proceso de los funcionarios públicos en materia disciplinaria, en la que necesariamente se debe demostrar la comisión de la falta. Dicho texto se transcribe a continuación:

> "Salvamos el voto y ordenamos dar curso al amparo, por estimar que aunque en el artículo 140 inciso 1° de la Constitución Política se dispone la libre remoción de los miembros de la fuerza pública, ello no posibilita la revocatoria del nombramiento cuando, habiéndose levantado una información para aplicar el régimen disciplinario, no se demuestre la comisión de la falta investigada, aprovechándose entonces la facultad concedida en la antes citada norma para revocar el nombramiento."

En este mismo sentido, la Sala Constitucional, en su voto número 2350-96, dispuso lo siguiente:

> "Distinto sería el supuesto de que el Ministerio hubiera dispuesto su separación del cargo, imputándole la comisión de una serie de faltas, sin concederle la oportunidad de proveer a su defensa, ya que en ese supuesto sí se causaría menoscabo del debido proceso..."

También se ha señalado que no se podría argumentar válidamente la aplicación del artículo 140, inciso 1) cuando este es utilizado para camuflar actos de persecución laboral; esto por violación del derecho al trabajo. Así lo ha entendido la propia Sala Constitucional. Sobre este tema la sentencia de este tribunal número 1678-93 de las 9:21 horas del 16 de abril de 1993:

> "I. Hechos probados: como tales, de relevancia para la decisión se tienen que:
>
> **1.** El diez de octubre de 1991, los recurrentes, como servidores todos, del Ministerio de Seguridad Pública, en la denominada "Unidad Preventiva del Delito", de varias formas intervinieron en un desalojo administrativo que debía practicar ese órgano policial, siendo que, durante la ejecución del lanzamiento, que no se pudo llevar a cabo ese día, tuvieron graves diferencias de criterio con su superior, Francisco Delgado, en relación con órdenes de suspensión de dicho acto, giradas por este recurrido (...)
>
> **6.** El 30 de diciembre de 1991, el Director recurrido Delgado Montoya, en forma conjunta con otros Jefes de Sección de la Unidad Preventiva del Delito, remiten nota a Walter Navarro, quejándose del comportamiento de Sáenz Madrigal y de Bonilla Madrigal, a quienes acusan de desobediencia, agitación e indisciplina, en contra de las órdenes de la Dirección General, solicitándole "se tomen las medidas correspondientes". Asimismo, el 3 de enero inmediato siguiente, ese Director de Personal comunica a Edwin Sáenz y Fernando Bonilla, mediante oficios números 92-0017 D. P. y 92-0016 D. P., que "con instrucciones del señor Ministro y de acuerdo al artículo 140 de la Constitución Política se le da la baja por decisión patronal a partir de la fecha (sic)" (...)
>
> **III.** Del análisis de la anterior lista de hechos demostrados, sí se deduce una evidente persecución en contra el recurrente Sáenz Madrigal. Al respecto, ha quedado claro que éste se desempeñaba como asistente en el Departamento Legal de la Unidad y que sin darse ninguna justificación, se dispuso su traslado a la Sección de Pre-

vención, donde se le encomendarían labores de policía. Pero eso no es todo, porque no puede pasar desapercibido, que el mismo día en que se le despidió por primera vez, también, sin ninguna justificación, y por causa –aparentemente– de la queja que se indica en el hecho 6 –no aparece ningún otro motivo–, se hubiere ordenado sin ninguna razón, que oficiales de policía, fueran, después de las ocho de la noche, a la casa de ese accionante, a solicitarle su carné de servicio, o bien, que en medio de todo ese problema personal que se suscitó después de lo indicado en el hecho 1, se dispusiera por supuesta necesidad, quitarle el llavín a la puerta de la oficina que ocupaba Sáenz. Tampoco aparece en autos, no obstante que la documentación es bastante voluminosa y detallada, prueba de que se hubieren resuelto las denuncias formuladas por ese accionante, sobre las sustracciones de material y equipo de oficina que indicó; constando en el proceso un documento de Sáenz escrito a mano por éste, y una nota de Delgado donde le indica a aquél que los trabajos secretariales se "centralizaron" en otra Sección (...). En consecuencia, todos estos elementos de juicio llevan a tener por cierto, como se dijo, el cargo de persecución, debiendo estimarse el amparo en este extremo, por haber sido infringido en perjuicio de ese recurrente, su derecho fundamental al trabajo, contenido en el artículo 56 de la Constitución Política, así como la norma 11 ibídem, que prohibe absolutamente tales actos, al señalar que los funcionarios públicos –todos, sin excepción– son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede.

(...)

V. En el caso del recurrente Bonilla Madrigal existe prueba de que tuvo participación en el hecho que se indicó como número 1 (véase primer considerando). También está acreditado que fue despedido junto con Sáenz, el 3 de enero de 1992, sin que conste en el proceso, al igual que en este otro caso conexo, cuál fue la causa; siendo ésta en apariencia, la queja de Delgado, que se indicó en el hecho 6."

Por último, también ha quedado establecido que, en caso de despido de miembros de la Fuerza Pública, este no se podría hacer valiéndose de lo dispuesto en el artículo constitucional, objeto de estas líneas, si el afectado no realiza funciones administrativas o no policiales al momento del cese. En este sentido se puede citar la resolución número 961-93 de las 15:27 horas del 22 de febrero de 1993, la cual señala lo siguiente:

"De los informes rendidos por las autoridades recurridas –bajo juramento– y de las pruebas aportadas, se desprende que el traslado de la accionante al puesto de "encargada de personal" en el Servicio de Vigilancia Marítima de dicho Ministerio, no fue con el objeto de que aquella prestara sus servicios como miembro de la fuerza pública, sino en un cargo de carácter estrictamente administrativo, como lo admite el señor Ministro de Seguridad Pública en su informe (...). En consecuencia, si el ascenso del cual se vio beneficiada fue para ocupar un cargo cuyas funciones eran de carácter administrativo y no policial, y si en atención al cargo y funciones que desempeñaba, razonablemente no puede considerársele como una funcionaria de la que se podría prescindirse unilateralmente, procede declarar con lugar el recurso, como en efecto se dispone."

Un caso similar se resolvió mediante la sentencia de la Sala número 2687-93 de las 10:20 horas del 11 de junio de 1993, en la que se dispuso que la remoción no era posible en virtud de que el afectado realizaba funciones docentes dentro de la Fuerza Pública y no policiales:

"**II.** La disposición del artículo 140 inciso 1) de la Constitución Política confiere al Presidente de la República y al respectivo Ministro la atribución de "remover libremente a los miembros de la fuerza pública". La Sala ha aceptado esa disposición como una facultad que libremente ejerce el Poder Ejecutivo, pero en los supuestos en que la función que realmente desempeña el funcionario objeto del despido es aquella a que la norma constitucional se refiere, y no en los casos en que, no obstante mediar formalmente un nombramiento para el servicio en la "fuerza pública", la naturaleza de las funciones es de carácter administrativo o, como en el presente, de orden o índole docente (expresión esta última que puede usarse en el contexto del caso sin forzar en exce-

so su acepción propia). En efecto, el dicho del recurrente en el sentido de que él no se desempeña como policía, sino como Profesor Mentor en un programa educativo destinado a la prevención del uso de drogas, no solo no ha sido desmentido por las autoridades recurridas, sino que, más bien, ha sido confirmado expresamente por éstas. De manera que la aplicación de lo que se dispone en la norma constitucional arriba citada a una circunstancia de hecho diferente, con el efecto consiguiente de producir un despido sin respeto del debido proceso, configura una infracción del derecho del recurrente a que, si existiere motivo para perseguir su remoción, se acuda para lograrlo al procedimiento legalmente establecido a este efecto, dándole oportunidad suficiente de ejercitar su defensa. En estas condiciones, el recurso debe declararse con lugar."

Conclusión

En resumen, debemos insistir en que interpretar el artículo 140, inciso 1) constitucional como una autorización para poder realizar despidos en forma libérrima, sería contrario al principio de legalidad consagrado en el artículo 11 de la Carta Política y, en tanto no se motive el acto, a los principios del debido proceso tutelados en ese mismo numeral y en los artículos 39 y 41 del más alto cuerpo normativo costarricense, principalmente. Lo anterior, sin demérito de los límites ya establecidos por la Sala Constitucional en relación con la aplicación de esta norma.

Lic. Jorge Alberto Chacón Laurito*

Nuevos aspectos de la prescripción de la acción penal relacionados con la jurisprudencia

En mi anterior artículo, publicado en la Revista N° 1, realicé algunos planteamientos acerca de la interpretación que podría darse a las causales de interrupción de la acción penal contempladas en el artículo 33 del Código Procesal Penal, situaciones que motivaron, incluso en la jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal, votos sustentando unos que la primera imputación formal consiste en la indagatoria del imputado y otros que consiste en la notificación de la fijación de la audiencia preliminar, para conocer de la acusación formulada por el Ministerio Público. Esta divergencia de criterios motivó la generación de jurisprudencia en cierta forma contradictoria (con diversos votos salvados) en cuanto al aspecto de la prescripción, lo que creó gran preocupación en los integrantes de la cámara de casación citada, dándonos a la tarea de discutir profundamente el tema y llegar a un consenso sobre los puntos debatidos, permitiendo cumplir con uno de los fines de la casación, como es la unificación de la jurisprudencia.

En definitiva, el criterio unánime del Tribunal de Casación Penal fue en el sentido de que el artículo 33 citado, determina como causal de interrupción de la prescripción el inicio del procedimiento que se da con el planteamiento de la denuncia y, a partir de ahí, los plazos de prescripción de que habla el artículo 32 se reducen a la mitad, siendo nuevamente interrumpidos por cualesquiera de los cuatro incisos (antes de la reforma al artículo 33, según Ley 8146 publicada en La Gaceta N° 227 del 26 de noviembre de 2001) como son:

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 aquel, según declaración que efectuará el tribunal en resolución fundada.**
d) **El dictado de la sentencia, aunque no se encuentre firme.**

Ahora bien, el punto que ha generado la mayor discusión (antes de la aludida reforma) es el contemplado en el primer inciso, en cuanto a qué se debe considerar la primera imputación formal y por qué. En este sentido, consideramos los integrantes del tribunal de casación, que no basta que se dé la intimación de hechos de la denuncia (indagatoria) para que se equipare con imputación formal, sino que se requiere que la imputación sea efectivamente completa y, para el caso, qué más formal que la acusación que realiza el Ministerio Público, luego de haber agotado la investigación, de modo tal que, una vez confeccionada la acusación y comunicada al impudado en el lugar señalado, se da la causal de interrupción de que habla el inciso a) del artículo 33, situación contemplada en el artículo 316 del código de cita, el cual refiere que se convocará a la audiencia preliminar cuando se formule la acusación, lo que se notificará a las partes y se pondrán a disposición las actuaciones y evidencias reunidas en la investigación.

* Juez de Casación Penal.

Esta jurisprudencia del Tribunal de Casación fue impugnada ante la Sala Constitucional, en la acción de inconstitucionalidad N° 01-0064-0007 CO, publicada en el Boletín Judicial N° 156 del 16 de agosto de 2001, la que generó el voto de la Sala N° 11583-01 del 9 de noviembre de 2001, rechazando de plano la pretensión, lo que implica que la jurisprudencia siguió aplicándose, hasta que entró en vigencia la Ley 8146, publicada en La Gaceta del 26 de noviembre de 2001, la cual reformó el artículo 33 citado y le agregó otro inciso como causal interruptora de la prescripción, el cual indica: "**c) - La resolución que convoca por primera vez a la audiencia preliminar**". Esta reforma viene a variar nuevamente los criterios expuestos en el voto 372-01 de este tribunal, dando origen a un nuevo voto, el 1058-01 de las 9.50 horas del 21 de diciembre de 2001, con la integración de los jueces Dr. Llobet Rodríguez, quien redactó, Sanabria Rojas y Chacón Laurito, voto que en lo conducente dice: En La Gaceta del 26 de noviembre de 2001, salió publicada una reforma al artículo 33 del Código Procesal, dispuesta por Ley 8146 del 16 de octubre de 2001. El texto de dicho artículo quedó redactado de la siguiente manera:

> *"Interrupción de la prescripción*
> *Iniciado el procedimiento, los plazos establecidos en el artículo tras anterior se reducirán a la mitad para computarlos a efecto de suspender o interrumpir la prescripción. Los plazos de prescripción se interrumpen con lo siguiente:*
> *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) La resolución que convoca por primera vez a la audiencia preliminar.*
> *d) La obstaculización del desarrollo normal del debate por causas atribuibles a la defensa, según declaración que efectuara el Tribunal en resolución fundada.*
> *e) El dictado de la sentencia, aunque no se encuentre firme.*
> *La interrupción de la prescripción opera aun cuando las resoluciones referidas en los incisos anteriores, sean declaradas ineficaces o nulas posteriormente" (sic).*

La nueva regulación del artículo 33 del Código Procesal Penal implica que para los asuntos en que sea aplicable, deben variarse algunos de los lineamientos establecidos en el voto 372-2001, arriba citado. Así, con respecto al inicio del procedimiento, es importante volver a transcribir el primer párrafo del nuevo texto:

> *"Iniciado el procedimiento, los plazos establecidos en el artículo trasanterior se reducirán a la mitad a efecto de suspender o interrumpir la prescripción. Los plazos de prescripción se interrumpen con lo siguiente: a)..., b)..., c)... d..." (sic).*

Resalta al respecto la redacción confusa del párrafo, ello en particular al hacer referencia al efecto de suspender o interrumpir la prescripción. Incluso la referencia a la suspensión es inexplicable, ya que la misma no produce la interrupción de la prescripción, no siendo por ello relevante la reducción del plazo a la mitad, puesto que el plazo simplemente no corre durante la suspensión. La falta de claridad del párrafo indicado no ha de llevar al juez a negarse a interpretar el texto legal. Debe concluirse que el inicio del procedimiento no opera como una causal de interrupción de la prescripción, ni reduce los plazos de la misma a la mitad. En efecto, no se prevé en el artículo el inicio del procedimiento como causal de interrupción de la prescripción, estableciéndose además un ligamen entre la reducción de los plazos de la misma con la interrupción (y la suspensión, a lo que se hizo referencia antes). En otras palabras, la reducción de los plazos es para efectos del cómputo del plazo, a partir de la interrupción de la prescripción.

Otro aspecto relevante de la reforma es el relativo al concepto de primera imputación formal. Evidentemente, el nuevo texto distingue entre ella, contemplada en el inciso a) como interruptora de la prescripción, y la convocatoria por primera vez a la audiencia preliminar, prevista en el inciso c). Como se indicó arriba, de acuerdo con el voto 372-2001, dictado con base en el texto anterior del artículo 33 del Código Procesal Penal, la primera imputación formal era la comunicación de la acusación al imputado para que se pronunciara sobre la misma, resultando que, de acuerdo con el artículo 316 del Código Procesal Penal, en esa misma resolución se convoca a la audiencia preliminar. Por lo anterior, la interpretación que se ha sustentado con respecto al concepto de primera imputación formal, con base en el texto antiguo del artículo 33 de dicho código, no puede mantenerse para los asuntos que se resuelvan de acuerdo con la ley que modificó dicho artículo, puesto que el nuevo texto distingue entre primera imputación formal y la convocatoria a la audiencia preliminar por primera vez. Por ello, debe estimarse que, de acuerdo con el

texto reformado del artículo 33, la primera imputación formal es la intimación que se hace al imputado durante su primera declaración. Sin duda el orden mismo de los incisos del mencionado artículo establece en primer lugar la primera imputación formal, mientras que no es sino hasta el tercero de los incisos que se contempla la convocatoria a la audiencia preliminar, de lo que se deduce que la primera imputación formal se da antes de la convocatoria indicada, siendo solamente posible por ello estimar que esta primera imputación formal se da con la intimación en la indagatoria, que debe llevarse a cabo durante el procedimiento preparatorio, antes de que se haya formulado la acusación, como consecuencia de la garantía del derecho de defensa.

Con respecto a la naturaleza jurídica de la prescripción, es importante mencionar el voto 391-99 del 24 de setiembre de 1999, dispuesto por el Tribunal de Casación, el que aunque asumió el criterio de la Sala Constitucional en cuanto a la naturaleza procesal del instituto de la prescripción, dio razones propias para ello, desechando las indicadas por la Sala Constitucional, la que partía simplemente de la ubicación de la prescripción dentro del Código Procesal Penal (Sala Constitucional, voto 4397-99 del 8-6-1999). Dijo el Tribunal de Casación en el voto indicado:

III. Naturaleza de las normas sobre prescripción:

A) Carácter procesal: El 1° de enero de 1.998, marca un cambio histórico pues entró en vigencia el nuevo código procesal penal (c.p.p.), y con él una reforma a la estructura de la administración de la justicia criminal. Dentro de las muchas modificaciones, se afectó el régimen de prescripción de la acción penal, cuyas normas se encontraban en el c.p. y fueron derogadas para dar paso a la vigencia de las nuevas regulaciones del c.p.p.. En este sentido cabe citar y disentir del criterio de la Corte Suprema de Justicia, expresado a través de la Sala Constitucional, en el caso Hernández Fuertes vs. Medina Pérez (Res.: 04397, del 8 de junio de 1.999):

> *«... con la promulgación de la nueva legislación procesal en mil novecientos noventa y seis "vigente a partir del primero de enero de mil novecientos noventa y ocho", se trasladó la ubicación de la regulación de este instituto jurídico del Código Penal al Código Procesal Penal (se refiere a la prescripción de la acción penal), con lo cual, ya no se conforma como materia de fondo (ley sustantiva), según la legislación anterior, sino como materia de forma o procesal...»*

Debe señalarse que el tribunal constitucional incurre "en criterio de esta cámara" en un error, al pretender determinar la naturaleza de las normas (sustantivas o instrumentales) a partir de la sede positiva en que se encuentran. Esto no es así, porque es el destinatario o el objeto de regulación el parámetro definitorio de la naturaleza de una norma jurídica. Así, cuando el remitido por el texto legal es el ciudadano en su vida cotidiana (p.e.: homicidio, robo, prevaricato, etc.) o tiene por objeto un acto o cosa particular (la propiedad privada, los contratos, el matrimonio, etc.), se trata de una norma de carácter sustantivo o de fondo; pero cuando la ley se dirige a los sujetos procesales "dentro de un proceso" o el objeto de regulación es el proceso mismo, la norma es de carácter instrumental o formal. No es la sede en que se encuentra la norma la que define su naturaleza, sino su destinatario o su objeto de regulación; de hecho en el c.p. se encuentran normas procesales como p.e. el 223 in fine, que reza en lo conducente:

> *«... En todo caso, previamente el imputado será prevenido por la autoridad que conozca del asunto, para que, dentro del término de cinco días, devuelva o entregue el bien, y si no lo hiciere no habrá delito, quedando a salvo las acciones civiles que tuviere el dueño.» (Se suple el destacado).*

El destinatario de esta regulación, es el fiscal o juez que conozca de una causa por apropiación y retención indebidas; la ley impone una determinada conducta al funcionario, como es el de hacer la prevención al imputado. Obsérvese que no son destinatarios los ciudadanos en general, sino los funcionarios, de aquí la naturaleza procesal de este último párrafo del 223 del c.p. Otro ejemplo "después de una lectura "entre líneas" es el § 93 del c.p., referido al perdón judicial; dicha norma se dirige al juez, cuando dicta la sentencia, por lo que su naturaleza es procesal no obstante estar en el c.p. Ahora bien, tanto en el código de procedimientos penales de 1.973, como en el c.p.p. vigente desde el 1° de enero de 1.998, la normativa sobre el régimen de prescripción de la acción penal, tienen un objeto de carácter procesal como es la extinción de la acción penal por el trascurso del tiempo y la inercia del Ministerio Público y ahora del querellante. De manera que la nueva legislación no modificó la naturaleza de las normas de la prescripción (de derecho penal material a derecho penal instrumental), y solamente le cambió la sede del c.p. al c.p.p. amén de los cambios en cuanto a plazos. Como primera conclusión preliminar, debe señalarse que las normas de prescripción tienen naturaleza procesal.

B) Carácter sancionador: El Tribunal de Casación Penal ha seguido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, emitida a través de la Sala Constitucional, en pron-

to a la naturaleza sancionatoria de la prescripción; esto es, no se trata de un derecho del imputado, sino de una sanción procesal por la inactividad de las partes en el plazo predeterminado por la ley. En concreto ha dicho el tribunal de constitucionalidad en el caso Medina Pérez ya citado:

«... no existe un derecho constitucional a la prescripción, sino más bien el derecho a la seguridad jurídica, a la legalidad, a la tutela judicial efectiva y a la igualdad... la prescripción es un instrumento jurídico creado a efecto de declinar el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, que actúa a modo de sanción procesal por la inactividad de los sujetos procesales en los procesos iniciados o no...».

En tanto el Tribunal de Casación Penal ha señalado:

«... La prescripción es una sanción por el transcurso del tiempo, ante la inactividad del interesado, y solamente cuando esta opera surge el derecho para otro... En tratándose de la prescripción de la acción penal, es una sanción a la inercia del actor que deja pasar el tiempo sin impulsar el proceso; de donde resulta claramente que, en tanto no se realice algún acto de los señalados por ley para la interrupción... o suspensión... de la acción penal, el tiempo sigue corriendo... La prescripción como se dijo es una penalización procesal, un castigo ante la inactividad del actor; la inacción es el supuesto de hecho y la prescripción el efecto jurídico...» (C.R. vs. Levy Levy, Tribunal de Casación Penal integrado por los jueces Dall'Anese y Cruz y la jueza Aguilar, N° 133-F-99 de 23 de abril de 1.999). Este criterio ahora se reitera, de manera que otra conclusión preliminar indica claramente que la prescripción solamente se aplica, como sanción, a la parte que no actuó en el tiempo establecido por la ley" (sic).

En resumen, en el nuevo voto citado se tiene como parámetro fundamental y se hace la aclaración de que, por la naturaleza de la reforma que es meramente procesal, debe aplicarse la misma a partir de la vigencia de esta, no siendo aplicable la vigencia retroactiva de la ley procesal sino a los actos actuales, de modo tal que es a partir de la publicación de esta reforma que se debe aplicar, la cual fue difundida en La Gaceta N° 227 del 26 de noviembre de 2001.

Ahora bien, entrando en materia de prescripción, que es el tema que interesa en este momento, por tratarse de una reforma legal que agregó otro inciso al artículo 33, no se puede sostener que el inicio del procedimiento provoque la reducción de los plazos a la mitad, sino que esta situación se presenta luego de que se da alguna de las cinco causales, tal y como lo había expresado el que suscribe, en el primer artículo publicado en la primera revista; lo mismo que debe considerarse que la primera imputación se trata de la declaración indagatoria, considerada esta como imputación formal, puesto que el nuevo inciso c), agregado por reforma de ley, o sea la resolución que convoca por primera vez a la audiencia preliminar y que antes el voto 372-01 consideró primera imputación, quedó inoperante; y viene a ser una nueva causa de interrupción, independiente del inciso a), o sea, la indagatoria.

De la anterior forma, me parece, dejo tratado, por el momento, el tema de la prescripción a la luz de la jurisprudencia y la nueva reforma legal al artículo 33 del Código Procesal, dejando sentados los criterios sostenidos por esta Cámara de Casación Penal para futuros planteamientos acerca del tema, que ha resultado de mucha discusión por parte de los abogados litigantes, la fiscalía, la defensa pública y los tribunales penales en general.

Lic. Robert Camacho Villalobos*

El allanamiento en materia de familia

I. El derecho a la intimidad del domicilio como derecho humano fundamental

Para abordar el tema del allanamiento de morada y de recintos privados, he creído conveniente, primero, realizar algunas consideraciones en torno a la intimidad de domicilio, como derecho humano fundamental, a efecto de ubicarnos en la trascendencia que tiene la práctica de una diligencia como esta en la morada de una persona.

Debo comenzar diciendo que la garantía de la inviolabilidad de domicilio es una garantía tradicional en el Derecho Constitucional (es un derecho humano de los llamados de primera generación), concibiéndose como una garantía a la vida privada de todo individuo, lo que trae como consecuencia la prohibición al poder estatal del abuso, la arbitrariedad o los ataques ilegales a la esfera privada del individuo, lo que nos obliga (a los funcionarios públicos) a ser más bien garantes de tal derecho. No debemos olvidar que, en ocasiones, es el mismo aparato estatal, por medio de sus funcionarios, el que se convierte en el principal violador de los derechos humanos, cuando no los reconoce o lleva a cabo ataques contra estos.

La garantía de la inviolabilidad del domicilio, cuyo fundamento es la protección a la vida privada del ser humano, se recoge en normas del Derecho Internacional, siendo necesario citar el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, numeral 11, inciso 2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José", el artículo 17 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, donde se establece, como derecho, que nadie puede ser víctima de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia o su domicilio, siendo que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales ataques o injerencias.

La garantía consiste en la imposibilidad de entrada y registro del domicilio, salvo en los supuestos previstos por la propia Constitución y la ley. Constitucionalmente, por domicilio ha de entenderse aquel espacio físico cuyo uso y disfrute corresponde al individuo y en el cual este desarrolla habitualmente su vida privada. En este campo, si bien se ha considerado como domicilio principalmente el espacio utilizable por la persona como su residencia, el término suele entenderse en sentido más amplio que el que se maneja en materia civil, fiscal, administrativa o penal.

Así, desde una perspectiva constitucional, se considera domicilio aquellos espacios que aunque su finalidad inicial y habitual no era el servir de residencia, cumplan de manera efectiva tal función, siquiera temporalmente (tal es el caso de residencias ocasionales, habitaciones de los hoteles, automóviles), siendo que, como veremos, a nivel constitucional se protege además del domicilio todo recinto privado, lo que nos amplía los casos de protección.

* Juez de Familia y Penal Juvenil de Heredia.

En cuanto al registro de vehículos, resulta de importancia el voto de la Sala Constitucional N° 1372-99, de las quince horas del veinticuatro de febrero de mil novecientos noventa y nueve, donde se indica que un automóvil o vehículo automotor constituye un recinto privado, por lo que se puede ingresar al mismo o registrarlo en los casos que autoriza la Constitución Política, ya que los mismos están cubiertos por la garantía constitucional. Por otra parte, nos parece, a pesar de que el voto es reciente y que ya se encontraba vigente una nueva normativa y de conformidad con el nuevo Código Procesal Penal en su artículo 190, que lo solicitado aquí debe ser una orden de registro y no de allanamiento, siguiéndose los lineamientos establecidos para la requisa de personas.

II. Excepciones al derecho

Nuestra Constitución Política, en el artículo 23, establece: "El domicilio y todo otro recinto privado 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". (Negrita agregada).

Lo anterior nos lleva a concluir lo siguiente: en primer lugar, que el derecho a la vida privada de las personas, como todo derecho, no es absoluto e incondicional, sino que, en ciertos casos, el mismo tiene que ceder frente a otros derechos. La Sala Constitucional ha indicado que ningún derecho individual ni ninguna libertad son tan ilimitados que no estén restringidos por la necesidad de proceder a la defensa de los intereses individuales opuestos o con mayor motivo de la colectividad, de ahí que justamente se haya previsto la posibilidad de entrar en domicilio ajeno contra la voluntad expresa de su dueño, sin que ello signifique atentar contra esa inviolabilidad (voto 2942-92).

En segundo término, el acto de allanamiento no solo está previsto, como se suele creer, para la persecución de un delito o recabar material probatorio en Derecho Penal, sino además para la protección de los derechos del individuo y para la defensa de otros intereses del mismo, que en un juicio de ponderación y tras una adecuada valoración del principio de proporcionalidad, la limitación de aquel derecho deviene necesaria.

III. Antecedentes y casos en que procede el allanamiento en materia de familia

La posibilidad de practicar allanamientos en materia de familia, en determinados casos, en realidad no es reciente.

El artículo 20 de la Ley de Pensiones Alimentarias N° 1620, del 5 de agosto de 1953 y sus reformas, lo preveía en esta materia. De hecho, al interponerse una acción de inconstitucionalidad contra dicha norma, la Sala ha pronunciado el único voto acerca del allanamiento en este ámbito, el cual corresponde al voto 1620-93 de las diez horas del diez de abril de mil novecientos noventa y tres.

Tal norma fue también recogida en el artículo 26 de la Ley de Pensiones Alimentarias número 7654, que nos rige actualmente, en el caso que el deudor alimentario al que se le ha dispuesto su apremio, se oculte, pudiéndose allanar el sitio donde el mismo se encuentre, llevándose a cabo, según la norma, con las formalidades del ahora Código Procesal Penal y previa resolución que así lo acuerde.

Por otra parte, la Ley contra la Violencia Doméstica dispone como una medida de protección en el inciso c) del artículo 3 el allanamiento de la morada, cuando por violencia doméstica se arriesgue gravemente la integridad física, sexual, patrimonial o psicológica de cualesquiera de sus habitantes, remitiéndose también para reglar su práctica a las normas del Código Procesal Penal. Tengo la impresión que es quizá en esta materia, más que en alimentos, donde en la práctica los jueces de familia hemos realizado de oficio, la mayor cantidad de allanamientos.

La Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia número 7648 del 21 de diciembre de 1996, establece, en su artículo 36, la posibilidad de solicitar la orden de allanamiento al juez para la salvaguardia de la estabilidad física y emocional de las personas menores de edad y como parte del cumplimiento de las funciones que a dicho ente le están encomendadas.

Cabe comentar de la mencionada norma, en primer lugar, que tal solicitud debe realizarla cuando los hechos y las circunstancias así lo justifiquen y por parte del representante legal del Patronato Nacional de la Infancia, sin que pareciera que pueda extender-

se a ningún otro funcionario, aspecto, entonces, que debe ser demostrado por el solicitante.

Por otro lado, cuando la norma dispone que es el "juez competente", debemos entrar a analizar aquí la competencia por materia y territorio del juzgador encargado del acto.

En cuanto a lo segundo, nos parece que, en principio, tiene que llegar a establecerse por la ubicación del sitio por allanar, que sería primeramente el lugar donde se ubica el menor que urge de protección y donde se están ejecutando los actos en su contra. Al respecto, tómese en cuenta que de conformidad con el numeral 141 del Código de la Niñez y la Adolescencia, se establece que son competentes para conocer el proceso especial de protección, los jueces de familia donde se encuentre el domicilio de la persona menor involucrada en el proceso. Por supuesto que el desplazamiento del menor del ámbito territorial, no apartaría la competencia del juez, por lo que, dada la naturaleza del proceso, el juez, por casos que en la práctica puedan presentarse, nos parece que puede salir de su competencia territorial para la práctica del acto o puede concederlo y comisionar para su práctica a otra autoridad, en este caso a otro juez de familia, tal y como sucede en materia penal; sin ser de aplicación aquí la limitación del artículo 23 sobre competencia territorial del Código Procesal Civil.

En relación con el primero de los aspectos, la competencia por razón de la materia, el Tribunal Superior de Familia en los votos 1026-98, 1028-98 del diecisiete de noviembre y el voto 1031-98 del dieciocho de noviembre, todos de mil novecientos noventa y ocho, estableció que el juez competente, por razón de la materia, para llevar a cabo el allanamiento en los casos del artículo de comentario lo es el juez de familia, con fundamento en el artículo 116, inciso a) del Código de la Niñez y la Adolescencia.

El Tribunal Superior determinó que precisamente este numeral abría un espacio de interpretación para que el juez de familia pudiese ordenar tal acto, tomando en cuenta que no se trataba de un proceso penal, sino la sola aplicación de un proceso especial. El allanamiento correspondería ejecutarlo al juez de familia en el tanto le corresponde a estos conocer, tramitar y resolver, por la vía del proceso especial de protección, dispuesto en el Código de la Niñez y la Adolescencia, las denuncias o reclamos contra toda acción u omisión que constituya una amenaza o violación de los derechos humanos de las personas menores de edad, con la salvedad de lo relativo a la materia penal.

Sobre la norma, cabe indicar, además, que la misma establece un plazo de veinticuatro horas siguientes a la solicitud para la concesión de la orden, plazo que nos parece que es el límite máximo de pronunciamiento pues habrá ocasiones en que la misma debe ser resuelta de manera inmediata, porque el acto debe ser ejecutado en el momento, siendo que en caso de que la autoridad judicial lo deniegue, deberá tal resolución ser suficientemente motivada. Tal resolución de una relación de los artículos 150 del Código de la Niñez y la Adolescencia y 559 y siguientes del Código Procesal Civil, tiene recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Familia, siendo que, como se indicó, ya ese despacho en tres ocasiones ha conocido en apelación el rechazo de la solicitud de allanamiento por parte de un juez de familia, que no se consideraba competente para otorgar la orden solicitada.

Se establece por último en la norma que las autoridades de la policía judicial y administrativa, competentes por territorio, estarán obligadas a prestar cooperación eficiente para los allanamientos, con prioridad sobre cualquier otro asunto, de tal forma que la inobservancia de lo anterior dará motivo a responsabilidades disciplinarias del servidor de acuerdo con la ley. De conformidad con el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no solo estos funcionarios, sino además los particulares, están obligados a prestar el auxilio que se les solicite y que puedan dar, cuando se trata de ejecutar las resoluciones o practicar las actuaciones judiciales que se hayan ordenado.

Cabe hacer mención también, en este apartado, de casos que se presentan en el Derecho de Familia en los que no procede el allanamiento, a pesar de que en la práctica algunos insistan en su procedencia y, por otra parte, a presupuestos donde a pesar de la situación fáctica que se presenta siempre se requerirá la orden de allanamiento correspondiente.

En el primer caso nos referimos a la notificación de una resolución judicial o al cumplimiento de una resolución judicial. No procede el allanamiento en la morada de una persona si el fin que se persigue es simplemente ser notificado de una resolución judicial, aunque la persona trate de evitar el ser notificada.

Por otra parte, tampoco procede allanar un lugar amparados en el cumplimiento de una resolución judicial si no nos encontramos en alguno de los casos expuestos con anterioridad; eventualmente, procedería plantear el caso ante el Ministerio Público para que a esa persona, notificada personalmente, se le siga causa por el delito de desobediencia a la autoridad.

Por último, deseo referirme al artículo 119 del Código de Familia en el caso de la solicitud de declaratoria de abandono cuando exista riesgo social y se haga apremiante el depósito de un menor de edad. Lo único que autoriza la norma es que el juez se apersone al lugar donde se encuentra presente ese menor de edad para constatar los hechos y autorizar la separación de este de sus progenitores o guardadores; pero la norma no autoriza el ingreso a la vivienda o a la morada sin la respectiva orden judicial.

Así, si en el caso concreto se dan los presupuestos del artículo 36 de la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia, el juez deberá presentarse con la respectiva orden judicial para el ingreso a la vivienda y hacer efectiva la separación del menor de edad de sus padres o cuidadores y su depósito provisional.

IV. Formalidades del allanamiento y ejecución del acto

Nos parece que, si bien es cierto, a diferencia de la materia de alimentos y de violencia doméstica, el artículo 34 de la L.O.P.N.I. no remite de forma expresa a las normas procesales penales para las formalidades de la práctica del allanamiento; con fundamento en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, son éstas las que deben aplicarse.

Así, de una relación del artículo 23 de la Constitución Política y los artículos 193 a 197 del Código Procesal Penal, deberán seguirse los siguientes lineamientos:

- El allanamiento y registro de un lugar habitado, sus dependencias, casa de negocio (lugar donde se realiza una actividad lucrativa o de interés), oficina o recinto privado deberá realizarse por **orden escrita.**

Dicha orden deberá contener (artículo 195 del Código Procesal Penal):

a) El nombre y cargo del funcionario que autoriza el allanamiento y la identificación del procedimiento en el cual se ordena.
b) La determinación concreta del lugar o los lugares que han de ser registrados. En este caso, vale comentar que no puede ordenarse el allanamiento genérico de todas las casas de un barrio o de todos los apartamentos de un edificio, sin embargo la Sala Tercera en el voto 745-F-96 admitió que la orden de allanamiento en un hotel, autoriza a ingresar en todas las habitaciones del mismo.
c) Los motivos del allanamiento. Este es quizá el requisito de mayor relevancia y en el que se suele fallar con mayor regularidad, en cualquier materia, por algunos jueces. La resolución que ordena el allanamiento debe expresar de manera clara y concreta la justificación de la medida de entrada y registro, mediante una estricta ponderación de su idoneidad y necesidad, pues se está restringiendo el derecho fundamental del afectado, el cual debe conocer las razones que han llevado a la autoridad judicial a hacerlo.
d) La hora y fecha en que deba practicarse la diligencia. Como es difícil estimar desde la orden una hora exacta para llevar a cabo el acto, dicho requisito se cumple con solo disponer que la diligencia podrá ser ejecutada desde ese momento y antes de las dieciocho horas. Recuérdese que el allanamiento debe efectuarse a partir de las seis de la mañana y hasta las seis de la tarde, siendo que solo puede procederse fuera de ese horario cuando el morador o su representante lo consientan o en aquellos casos sumamente graves y urgentes; sin embargo, esa urgencia o gravedad deberá hacerse constar en la resolución, indicando las razones por las cuales debe procederse de esa manera.

Fuera del horario indicado puede allanarse locales públicos, establecimientos de reunión y recreo mientras estén abiertos al público y no estén destinados a habitación, siendo que en estos casos la regla es avisar a las personas encargadas de los locales (artículo 194 del C.P.P.).

Si la diligencia se extendió más allá de las seis de la tarde, no existe problema constitucional alguno,

pues lo que resguarda la ley es que el ingreso sea ejecutado antes de la hora indicada, aunque por prudencia podría consignarse en el acta, señalando el juez que se continuará con el acto hasta terminar el mismo.

Una vez ordenado deberá realizarlo el juez personalmente, esta es la regla, la excepción es que se delegue en la policía, situación que en la práctica ocurre únicamente cuando se trata de allanamientos simultáneos y solo hay un juez para realizarlos, siendo que a los policías únicamente se les delega el acto de la notificación y la entrada al sitio, y que se mantengan en el mismo, dando inicio el registro cuando el juez se hace presente. Si se delega por las razones apuntadas, por prudencia y seguridad se indica en la orden el funcionario que es delegado.

De conformidad con el artículo 197 del Código Procesal Penal, en esta materia únicamente existen cuatro supuestos donde se puede llevar a cabo el allanamiento sin previa orden judicial:

- Cuando por incendio, inundación u otra causa semejante se encuentre amenazada la vida de los moradores.
- Si se denuncia que han sido vistas personas extrañas introduciéndose en un local, con indicios manifiestos de que pretenden cometer un delito.
- Si se introduce en un local algún imputado de delito grave, a quien se persiga en ese momento para su aprehensión.
- Si voces provenientes de un lugar habitado, sus dependencias o casa de negocio, anuncian que en ese lugar se esté cometiendo un delito o pidan socorro.

La Sala Constitucional, en el voto 2773-97, de las quince horas con veintisiete minutos del veinte de mayo de mil novecientos noventa y siete, estimó que únicamente se requiere orden escrita cuando debe ser practicado el allanamiento por la policía y no cuando el juez se encuentre presente en el acto procesal, pues si lo está el mismo resguarda el derecho constitucional. Sin embargo, el suscrito toma con reservas este criterio, considerando que el mismo debe interpretarse en el marco de los hechos que la Sala conoció. Ello podría llevarse a cabo en tanto el juez, una vez apersonado en el lugar, sea informado, por ejemplo, de que la persona que buscaba ya no está en la morada que indica la orden sino en otra, contigua o cerca del lugar, o fue introducida en algún vehículo para desplazarla, encontrándonos en un estado de necesidad, donde no pueda ser posible esperar una nueva orden, por lo que en el acta se consigna tal situación y se ordena por el juez el ingreso a ese otro recinto, sin necesidad de confeccionar una nueva orden. Dependiendo del caso, podría también ordenarse por el juez la clausura y vigilancia del sitio hasta contar con esa nueva orden, por lo que caemos aquí en una situación de casuística que debe ser solventada en el caso concreto.

Ahora bien, una vez que el juez se ha constituido en el lugar, debe serle entregada una copia de la orden a quien habite o sea propietario del lugar donde el ingreso ha de efectuarse; cuando el mismo esté ausente se le notifica al encargado, y a falta de este a cualquier persona mayor de edad que se halle en el lugar, preferentemente a algún familiar.

Cuando no se encuentre nadie en el lugar, se consignará en el acta, pero siempre deberá llevarse a cabo el acto; el juez no puede desautorizarlo alegando ausencia de moradores en la vivienda y que la misma se encuentra cerrada. En situaciones como esta, respetándose las formalidades, puede incluso requerirse el auxilio de un cerrajero (puede ser el del mismo Poder Judicial), con lo cual se evitará la producción de daños materiales.

La diligencia se realizará de modo que se afecte lo menos posible la intimidad de las personas, debiendo respetarse, en la medida de lo posible, el principio de proporcionalidad al momento de la ejecución del acto, de tal manera que, salvo circunstancias que así lo requieran, ha de evitarse el ingreso violento a la vivienda en los casos en que el acto no se puede llevar a cabo previa notificación de la orden a sus moradores, tal es el caso, por ejemplo, de que se tenga conocimiento de la existencia de armas en el lugar que pueden poner en peligro la integridad física o la vida de los funcionarios que deban practicar el acto. El uso de la fuerza física debe ser excepcional, solo está permitido en los casos en que tal medida resulte razonablemente necesaria, proporcional y sea así requerida para hacer cumplir la orden o para el desempeño de la función (al respecto puede citarse el artículo 3 del Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, aprobado por la Asamblea General de la ONU el 17 de diciembre de 1979, resolución 34/169).

De la diligencia se levanta un acta que deberá reunir los requisitos de ley (artículos 134 a 138 del Códi-

go Procesal Penal); además contendrá la firma de los que concurrieron al acto, indicándose la circunstancia por la que algún participante se niegue a hacerlo.

V. Algunas recomendaciones al Patronato Nacional de la Infancia y a los jueces de familia

Para terminar, y más con el afán de orientar o discutir algunos puntos, que de imponer un determinado criterio, me permito señalar a los funcionarios que intervenimos en esta clase de actos o diligencias, algunas recomendaciones o consideraciones:

- La solicitud que en esta materia plantea el representante del Patronato Nacional de la Infancia, debe venir acompañada por el documento respectivo que demuestre que ese funcionario es, efectivamente, quien ejerce la representación del ente y se expresen en la solicitud no solo los motivos que se tienen para realizarla sino los elementos de prueba o indicios que se tienen para estimar el marco fáctico dentro del cual se pide el allanamiento; ello servirá al juzgador para evaluar o no la procedencia de la orden, en tanto no debemos perder de vista que la misma conlleva a la limitación o restricción de un derecho humano fundamental. Me parece que la solicitud no solo debe indicar que la misma se pide para salvaguardar la integridad física y emocional de un menor de edad, sino deberá señalarse concretamente por qué tal integridad se encuentra en peligro.
- Si el juez considera que la solicitud no reúne los requisitos fácticos para concederse, antes de emitir un rechazo fundado de la diligencia, podría prevenirle a la institución que solvente la omisión que considere necesaria. Recuérdese que en interés superior de los menores de edad, y de conformidad con la naturaleza de la materia, sobre todo lo dispuesto en los artículos 113 a), b) y c) y 118 del Código de la Niñez y la Adolescencia, donde se debe evitar el ritualismo y el juzgador posee amplios poderes de dirección, de oficio, puede prevenir a las partes el cumplimiento de las formas procesales que se exigen.
- Resulta prudente consignar en la resolución que ordena el allanamiento, hasta donde sea posible, cuáles funcionarios intervendrán en el acto, advirtiéndosele a los mismos, en todo caso, que el acto está bajo la dirección del juez y que su intervención se dará en tanto este de manera verbal así se los autorice.
- Dependiendo de las circunstancias y del caso el Patronato Nacional de la Infancia debe solicitar una orden de "Allanamiento, Registro y Secuestro", con mayor razón si el caso amerita que se realice algún tipo de decomiso de cierto elemento necesario que demuestre los hechos puestos en conocimiento de la institución.
- Dependiendo del hecho, si el mismo constituye o puede constituir delito, se coordinará la acción con el fiscal de turno del Ministerio Público y, en su caso, con el juez penal; se tomará en cuenta la participación de un defensor público de ser necesaria, aunque ya se ha indicado que ello no es necesario si no existe un imputado debidamente individualizado.

Pareciera que en estos asuntos aunque el acto se haga de forma conjunta, cada juez debe confeccionar su respectiva orden, ya que la motivación en uno u otro caso puede ser diferente, por ejemplo, en la primera sería la investigación del ilícito puesto en su conocimiento, la recolección de elementos de prueba y la ubicación del imputado en la causa que conoce, la otra está basada en la salvaguarda de los derechos humanos de la persona menor de edad.

MSc. Douglas Durán Chavarría*

La prescripción de la acción en materia penal juvenil: jurisprudencia reciente

Si bien la prescripción de la acción está regulada en forma particular en la Ley de Justicia Penal Juvenil, lo cierto es que la misma comparte con el Derecho Penal de adultos ciertos caracteres, tales como su concepto, función y ubicación que tiene el instituto en el ordenamiento jurídico.

En ese sentido, podemos partir, para ensayar la elaboración de una definición, de los conceptos vertidos por la Sala Constitucional en el voto 4397-99 del 8 de junio de 1999, al analizar ese tribunal la prescripción en el Derecho Penal de adultos, resolución en la cual esa cámara indicaba que la prescripción es "...un límite a la potestad punitiva del Estado, que se aplica a modo de sanción a consecuencia de la inactividad (procesal) en un determinado plazo (...) teniendo como consecuencia que conlleva una extinción de la acción penal..."

La prescripción implica la extinción de la acción, como resultado de la inercia del Estado en sus facultades persecutorias, de allí su importancia en relación con la seguridad jurídica que todo ordenamiento debe buscar y que, en el caso, tiene relación con la garantía que el ciudadano debe tener de que no estará expuesto ad perpétuam, de manera indefinida, a la potestad punitiva de los aparatos represivos.

En el caso concreto de la materia penal juvenil, las reglas generales en cuanto a prescripción están contenidas en el artículo 109 de la Ley de Justicia Penal Juvenil[1], mas la existencia de esta norma –y de otras dos que analizaremos *infra*– en el citado cuerpo legal, no ha sido suficiente para evitar que se hayan dado hasta ahora, en sede jurisdiccional, interpretaciones diversas y, con frecuencia, opuestas (que en esta breve monografía nos proponemos estudiar) sobre el tema, lo cual es normal cuando los operadores jurídicos aplican legislaciones nuevas como la relacionada, ejercicio que implica ir delineando y afinando cada uno de los institutos contenidos en las mismas.

En efecto, la jurisprudencia que se ha producido en el curso del último año[2] en el seno del Tribunal Superior Penal Juvenil (T.S.P.J.) y en el del Tribunal de Casación Penal (Trib. de Cas.) acerca del tema de la prescripción de la acción en el Derecho Penal aplicable a los adolescentes, ha sido muy variable.

En un primer voto, el de las 14:00 horas del 31 de julio del año 2000, el T.S.P.J. estudió el tema, concluyendo, con base en el artículo 9 de la Ley de Justicia Penal Juvenil[3], que al existir normativa expresa sobre el tema en este cuerpo legal, no es aplicable en materia de responsabilidad penal de

* Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. M.Sc. en Criminología por la Universidad Católica de Lovaina (Bélgica). Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.C.R.

1. "La acción penal prescribirá a los cinco años en el caso de delitos contra la vida, delitos sexuales y delitos contra la integridad física en tres años, cuando se trate de cualquier otro tipo de delito de acción pública. En delitos de acción privada y contravenciones, prescribirá en seis meses. Los términos señalados para la prescripción de la acción, se contarán a partir del día en que se cometió el delito o la contravención o desde el día en que se decretó la suspensión del proceso."
2. El período de estudio seleccionado abarcó resoluciones dictadas entre julio del año dos mil y agosto del año dos mil uno.
3. "En todo lo que no se encuentre regulado de manera expresa en la presente ley, deberán aplicarse supletoriamente la legislación penal y el Código Procesal Penal."

los adolescentes, como normativa supletoria, el Código Procesal Penal.

En esa misma resolución, el T.S.P.J. analizó también el tema de las causas de interrupción y de suspensión de los plazos de prescripción que la Ley de Justicia Penal Juvenil prevé, contenidas aquéllas en los artículos 65 y 89 (conciliación y suspensión del proceso a prueba, respectivamente) y la suspensión del plazo de prescripción, según el tribunal, en el numeral 50, cuyo tenor se transcribe de seguido:

> "Si el hecho investigado es atribuido a un menor de edad ausente, se recabarán los indicios y evidencias y, si procede, se promoverá la acción. Iniciada la etapa de investigación, el Ministerio Público podrá continuar con las demás diligencias hasta concluir esta etapa y ordenar la localización del menor de edad, para continuar la tramitación de la acusación. Si es posible concluir la investigación, solicitará la apertura del proceso y pedirá al Juez que ordene localizar al menor de edad. El proceso se mantendrá suspendido hasta que el menor de edad comparezca personalmente ante el Juez Penal Juvenil."

Al respecto, es menester mencionar que el tribunal, de manera atinada y correcta, enmendó el yerro cometido al haber considerado que el legislador quiso establecer una causa de suspensión del plazo de prescripción con la norma recién transcrita, en un voto emitido menos de un mes después, a saber, el de las 14:00 horas del 21 de agosto del año 2000, en el que, de forma acertada, concluyó que tal numeral prevé simplemente la suspensión de los procedimientos cuando la persona menor de edad no sea habida, y no la suspensión del plazo de prescripción.

Otra conclusión a la que llegó el tribunal fue que la rebeldía no es una causa de suspensión del plazo de prescripción, como lo es en el caso de los indiciados mayores de edad, según se desprende del artículo 34f del Código Procesal Penal, puesto que, según los jueces que a la sazón integraron el tribunal, el artículo que regula el tema de la rebeldía en la Ley de Justicia Penal Juvenil, el 32, no la contempla como tal.

Como puede observarse, gran parte de la discusión, según se puede derivar de la resolución acá mencionada, gira en torno de la aplicación supletoria de normas de otros cuerpos legales, punto cuya problemática ya se ha estudiado en relación con otros institutos del Derecho Penal Juvenil, sobre todo cuando se han querido importar del derecho aplicable a los mayores de edad, ciertos mecanismos, a veces más represivos, que, suponemos, el redactor quiso excluir del derecho relativo a las personas menores de edad en conflicto con la norma penal, por la naturaleza particular de este; hubo, por ejemplo, una larga serie de pronunciamientos sobre el tema de los requisitos materiales de la detención provisional, cuya lista (artículo 58 de la Ley de Justicia Penal Juvenil)[4] quiso ser ampliada por ciertos votos del T.S.P.J., a pesar de la jurisprudencia obligatoria de la Sala Constitucional que estableció, desde vieja data, que el sistema era uno de *numerus clausus*. Así, de manera garantista, la jurisprudencia dominante del tribunal, lo mismo que los fallos de la Sala, consideraron improcedente la inclusión del criterio de la reiteración delictiva como causal justificante de la prisión preventiva en esta materia[5]. Transcribimos de seguido parte del voto 96-99 de las 14:27 horas del 27 de agosto de mil novecientos noventa y nueve del T.S.P.J., por ser de interés en relación con el tema de las fuentes supletorias:

> **"En cuanto al peligro de reiteración delictiva como circunstancia para disponer la detención provisional:** (...) Este criterio deber ser aclarado, toda vez que el mismo tiene su origen en una errónea comprensión de las diversas relaciones que se dan entre las normas procesales y de los principios que rigen la teoría general del proceso. En efecto, la aplicación del criterio del peligro de reiteración delictiva en sede penal juvenil ha sido justificada bajo la argumentación de que la misma es posible en virtud de la aplicación del artículo 239b in fine del Código Procesal Penal, es decir, por remisión a otro cuerpo legal y por aplicación, suponemos, del artículo 9 de la Ley de Justicia Penal Juvenil. Sin embargo, tal operación, que en correcta doctrina procesal es conocida como *integración de las normas procesales*, es de aplicación solamente cuando existen lagunas ju-

4 "El Juez Penal Juvenil podrá decretar, a partir del momento en que se reciba la acusación, la detención provisional como una medida cautelar, cuando se presenten las siguientes circunstancias: a) Exista el riesgo razonable de que el menor de edad evada la acción de la justicia. b) Exista peligro de destrucción u obstaculización de la prueba. c) Exista peligro para la víctima, el denunciante o el testigo..."

5. Sobre el tema, se puede ver el voto 3612-96 de las 14:39 h del 16 de julio de 1996 de la Sala Constitucional.

ridicas (Ricardo LEVENE: *Manual de Derecho Procesal Penal*, Depalma, Buenos Aires, mil novecientos noventa y tres, página ciento cuarenta y uno in fine), las cuales pueden cubrirse con la misma ley –lato sensu–, mediante lo que CARNELUTTI denomina *autointegración* (citado por LEVENE, *op. cit.*, páginas ciento cuarenta y uno y ciento cuarenta y dos). Así, será posible utilizar tal mecanismo cuando el cuerpo legal (...) guarde silencio sobre el tema procesal relacionado, que no es el caso de las circunstancias que permiten decretar la detención provisional en materia penal juvenil, toda vez que la ley especial que rige la materia contiene una norma expresa que establece de manera taxativa las causas por las que se puede disponer la medida cautelar, a saber, el artículo 58..."

El tema de la prescripción de la acción en materia penal juvenil también ha sido abordado por el Trib. de Cas., notoriamente en el voto 2000-860 del 3 de noviembre del año 2000, en el que la mencionada cámara estableció que no es posible aplicar supletoriamente los artículos 31b ni 33a del Código Procesal Penal (que establecen un plazo de prescripción de la acción de dos años para los delitos castigados con pena no privativa de libertad y la interrupción del plazo con la primera imputación formal de los hechos al indiciado, respectivamente), dado que, entre otras cosas, tal y como exponía el T.S.P.J., ya en 1999, la aplicación de normas supletorias es posible solo cuando en el cuerpo legal relacionado hay silencio en cuanto a determinado instituto.

Mas la casación también profundizó en cuanto al tema de las causales de interrupción y de suspensión de los plazos de prescripción de la acción, partiendo del razonamiento explicado en el párrafo precedente e introduciendo un elemento nuevo en relación con esta. En efecto, concluyó el Trib. de Cas., tal y como lo había hecho ya antes el T.S.P.J., que no es posible introducir causas de interrupción del plazo contenidas en la legislación de adultos, pues la Ley de Justicia Penal Juvenil tiene las propias, pero, he aquí la novedad, establece que, al no preverse en esta ninguna causa de suspensión del plazo, debe aplicarse, por imperio de su artículo 9, el numeral 34 del Código Procesal Penal "...en lo que hace (sic) a los casos en que la acción penal no puede promoverse ni continuar por razones legales o de constitucionalidad, de delitos cometidos por funcionarios públicos en tanto ocupen el cargo y no se inicie proceso en su contra –si se pudiera dar el caso–, de delitos que rompan el orden constitucional y hasta su restablecimiento, de un proceso de extradición activa, de suspensión del ejercicio de la acción penal por la aplicación de un criterio de oportunidad, o de rebeldía del imputado por un término igual al de la prescripción de la acción penal..."[6]

Este aspecto de la suspensión del plazo de prescripción de la acción así desarrollado por el Trib. de Cas. plantea conflicto con reciente jurisprudencia del T.S.P.J., según la cual no cabe aplicar supletoriamente la normativa sobre suspensión contenida en el Código Procesal Penal. En efecto, en el voto 131-2001 de las 11:15 h del 8 de agosto del año 2001, el T.S.P.J. razonó que el legislador "...se representó el problema de la prescripción de la acción penal, y optó por darle solución mediante la interrupción de la misma, y no de su suspención (sic)...", conclusión de la cual extrae como consecuencia el Tribunal Superior, que no existen causas de suspensión en materia penal juvenil ni se pueden importar las mismas del derecho de adultos, tal el caso de la rebeldía, con lo que retoma un criterio que ya se había esbozado, aun de forma somera, en el voto 91-2000 del 31 de julio del año 2000, también del T.S.P.J., cuyo elemento más interesante es el argumento en el sentido de que, en la regulación expresa del instituto de la rebeldía que prevé la Ley de Justicia Penal Juvenil, a saber, el artículo 32, no se hace referencia alguna a su naturaleza de causa de suspensión del plazo de prescripción, por lo que no es correcto considerarla como tal.

Como puede observarse, los criterios han sido, a veces, muy disímiles. Por otra parte, en los fallos estudiados no se hizo referencia alguna a jurisprudencia de la Sala Constitucional, que, conociendo casos relacionados con Derecho Penal de adultos, ha analizado el tema.

En su voto número 856-2001 de las 15:18 h del 31 de enero del año 2001, el tribunal constitucional razona respecto del tema, especialmente en el sentido de que la prescripción de la acción es un instituto

6. Otros votos del Trib. de Cas. sobre el tema y que fundan su criterio en el fallo citado son el 2000-88 del 10 de noviembre del año 2000 y el 2000-915 del 24 de noviembre del año 2000.

que, por su naturaleza, limita en sus facultades al juez, a la hora de hacer interpretaciones acerca de sus alcances.

En la citada resolución explica la Sala, respecto de la naturaleza de la prescripción de la acción, que la misma constituye un problema de política criminal "...por lo que corresponde al legislador su definición y delimitación (...) el diseño de los plazos de prescripción de los delitos, su forma de computarse, las causas de suspensión e interrupción y demás aspectos relacionados, forman parte de la política criminal que comprende el conjunto de decisiones relativas a los instrumentos, reglas, estrategias y objetivos que regulan la coerción penal, que son definidos dentro del marco general de la política global del Estado..."

De los votos sobre el tema que la Sala Constitucional ha emitido se desprende, entre otras cosas, que es una potestad exclusiva del Poder Legislativo establecer las pautas en cuanto a prescripción de la acción. En ese sentido, sectores amplios de la doctrina han llamado la atención sobre el hecho de que toda jurisprudencia que no tenga en cuenta tal cosa, violenta el principio de división de poderes.

Hemos querido hacer referencia a estos aspectos, contenidos en la jurisprudencia del tribunal constitucional, al final de estas líneas, dado que, como está claro, todo criterio que intentemos llevar adelante en sede jurisdiccional debe partir, tal cual se ha explicado, del hecho de lo limitado del margen con que cuenta el juez en el ámbito de la interpretación e integración de las normas relacionadas con el tema y, por supuesto, en el de la aplicación supletoria de legislación, sin dejar de tener en mente a la hora de resolver al respecto, los preceptos que se derivan de la Convención sobre los Derechos del Niño y de las Reglas de Pekín, especialmente, por supuesto, el del interés superior del niño.

Pero tal cosa no debe servir como justificante para obviar el hecho de que el nuevo paradigma que se deriva de los instrumentos citados implica también la responsabilización de la persona menor de edad (con todo lo educativo que tal cosa resulta ser para el adolescente como sujeto en formación), aspecto que debe tomarse en cuenta si se piensa, alguna vez, en llevar a cabo cambios en la normativa relacionada que pretendan modificar el estado de cosas, verbigracia, en cuanto tiene que ver con las sanciones procesales a que debe ser sometido todo sujeto reacio a sujetarse a la acción de la justicia. La importancia de este aspecto adquiere dimensiones mucho mayores en el Derecho Penal Juvenil, por la trascendencia que el sistema represivo tiene como instrumento mediante el cual se busca, entre otras cosas, que el adolescente infractor introyecte normas de convivencia, entre las que se encuentra, necesariamente, la de la búsqueda de solución a los conflictos de intereses mediante el justo sometimiento de los mismos al aparato jurisdiccional.

Dr. Juan Manuel Otero

Los límites de la acción penal del Estado: tentativas inidóneas

"Claro que es un paso adelante, conocer qué es lo que una persona verdaderamente quiso hacer. Sirve para describir la acción punible, y si esa acción punible puede imputarse al autor. De modo que la indagación sobre los estados mentales constituye un límite a la punición, pero nunca al sustrato para un juicio de disvalor de esa acción por su infracción a una norma de determinación porque como en el derecho natural, el mayor problema de estas normas de valor, es su inexistencia. No hay normas penales en este sentido. Por ello no hay razón alguna para enterrar el principio liberal que fundamenta el delito y el castigo en la existencia corroborable de un conflicto de lesión". Alagia, Alejandro.

"Misión de la dogmática en el marco de la política criminal conseguir posibilidades de solución acordes con el sistema para objetivos político-criminales". Zipf, Heinz.

Introducción

"Este trabajo requiere algunas sinceras advertencias[1]". El mismo no busca dar un tratamiento acabado ni sistemático de la problemática de la tentativa inidónea; no busca analizar todas las teorías ni soluciones que la dogmática penal ha inquirido para este tópico. El modesto objetivo de este trabajo es el de analizar, utilizando como punto de partida algunos de los problemas que plantea la tentativa inidónea, los límites a los que debe ser sometido el poder punitivo de un Estado moderno. Durante el desarrollo del escrito intentaré demostrar, tomando como punto de partida que el rol que le cabe al Derecho Penal es el de un derecho al control del poder y no el de un derecho basado en el castigo de las malas intenciones[2], que no es conveniente, según criterios eminentemente político criminales, la intervención punitiva del Estado en los supuestos en los cuales se verifican tentativas inidóneas. Buscaré demostrar que el carácter subsidiario y fragmentario del Derecho Penal, que la finalidad exclusiva de protección de bienes jurídicos y el principio de lesividad excluyen la legitimidad del Estado de punir conductas que –al no existir lesión o puesta en peligro concreta del bien jurídico– se transforman en meras desobediencias a un orden impuesto coactivamente. Partiré de la base de un Derecho Penal orientado a las consecuencias, que "necesita verificar la justicia de las decisiones de las distintas instancias jurídico penales, medir sus efectos favorables o desfavorables, corrigiendo estos últimos, aunque sean correctos desde el punto normativo[3]" y desarrollaré el trabajo en tres etapas. Una primera etapa dedicada al estudio de la tentativa en general; una segunda al es-

1. Rusconi, Maximiliano, *Los límites del tipo*, Ad-hoc, Buenos Aires, 1992, pág. 15.
2. "No hay norma penal, ni castigo alguno que pueda pretender ubicarse en el campo social como un programa estimulante de las buenas acciones, y que quiera influir en la conformación y preservación de la convivencia humana". Alagia, Alejandro, "De la crítica a la fe, a la fe a la autoridad. Una crítica a la teoría del ilícito fundada en el disvalor de la acción" en: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 2, N° 1 y 2, Buenos Aires, 1997, pág. 188.
3. Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pág. 15.

tudio de la problemática de la tentativa inidónea; y, una tercera en donde realizaré un análisis acerca de los límites a que se debe someter el Estado para poder aspirar a punir una conducta determinada.

I. LA TENTATIVA

a) Concepto de tentativa tradicional y su crítica

Es usual que las descripciones típicas contenidas en los ordenamientos penales se encuentren referidas a acciones consumadas[4]. Es posible afirmar que el delito consumado constituye "la imagen conceptual que tiene el legislador a la hora de configurar los tipos delictivos de la parte especial"[5]. El Derecho Penal, sin embargo, no se ha conformado con solo buscar punir las conductas en las cuales existe la referida congruencia perfecta entre los aspectos objetivos y los subjetivos del tipo penal[6]. Si el sujeto ha desarrollado una acción final, en la cual se ha configurado la totalidad del aspecto subjetivo requerido por el tipo, aun en el caso de que el plan original que dicho sujeto hubiera tenido en mente hubiese fracasado, el Derecho vigente no permite que dicha conducta quede impune[7]. Las tentativas se encargan de imponer una sanción penal a las conductas desarrolladas por el sujeto, aun si las mismas no han ocasionado daño concreto alguno al bien jurídico protegido por la norma amenazada.

Mientras que tradicionalmente se entendía que el hecho punible doloso para que se le considere consumado debía realizar tanto su aspecto objetivo como subjetivo, entre tanto la ausencia de elementos del aspecto subjetivo del tipo nos situaba en el campo de los errores de tipo, "la cuestión inversa, en la que se realizan los elementos subjetivos pero no, o no totalmente, los objetivos del supuesto de hecho típico de un delito doloso de acción"[8] nos introducirá –en principio– de lleno en el ámbito de la tentativa. Aquí se afirma que: "El tipo objetivo no está completo en la tentativa; el tipo subjetivo, en cambio, tiene que existir completamente y, por cierto, con el mismo contenido y en la misma forma que es necesario para la punición por delito doloso continuado"[9]. Se producirá, en palabras de Carnelutti[10] un caso de "discrepancia entre la forma del delito y la voluntad delictuosa, en cuanto que esto que se ha producido es menos que lo que se quería realizar".

Nuestro Código Penal establece que existe un delito tentado cuando el autor, con el fin de cometer un delito determinado, comienza su ejecución, pero no la consuma por circunstancias ajenas a su voluntad[11]. Prevista como una figura accesoria[12] de los tipos penales descritos en la parte especial del código, la tentativa es definida por Welzel como: "la realización de la decisión de llevar a efecto un crimen o simple delito, mediante acción que constituye un

4. Fletcher, George P. *"Conceptos Básicos de Derecho Penal"*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 251. El autor se manifiesta a favor de que el Derecho Penal parte de un concepto primario de delito que debe guardar relación con el daño que la conducta causa y un concepto derivado de tentativa. "Nuestra sensibilidad ordinaria nos dice que, desde luego, es peor matar que disparar con ánimo de hacerlo y errar el tiro... Tanto en el Derecho como en el baloncesto, la regla usual es: si no hay daño, no hay falta".
5. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal, parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 3° Edición, 1998, pág. 456.
6. "Por lo general, los delitos dolosos de acción descriptos en el supuesto de hecho típico legal contienen la realización del comportamiento prohibido, incluyendo tanto su aspecto objetivo como subjetivo. Sin embargo, esta congruencia de las circunstancias de hecho objetivas y subjetivas, puede verse perturbada". Stratenwerth, Gunther, *Derecho Penal. Parte general, I, El hecho punible*, traducción de la segunda edición alemana (1976) de Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982, pág. 199.
7. *"L'offesa al bene giuridico tutelato dalle norme può consistere, come è noto, in una lesione dello stesso o in una mera messa in pericolo"*. Morselli, Elio, "Condotta ed evento nella disciplina del tentativo" en: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Fasc. 1, Gennaio – marzo – 1998, Milano, Dott. A. Giuffrè Editor.
8. Stratenwerth, Gunther, *"Derecho Penal ..."* (op. cit.), pág. 200.
9. Jakobs, Gunther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Editorial Civitas, Madrid, 1995, 25-24. Citado por Trovato, Gustavo "Punibilidad de la tentativa: punibilidad de la tentativa inacaba" en: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal N° 4-5*, Buenos Aires "En la tentativa el tipo objetivo no está completo. Por el contrario, el tipo subjetivo debe darse íntegramente, y por cierto del mismo modo como tiene que aparecer en un delito consumado". Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Santiago de Chile, 12ª Edición, traducción del alemán de Bustos Ramírez, Juan y Yáñez Pérez, Sergio, Editorial Jurídica de Chile, 1987. En idéntico sentido "La distinción entre delito consumado y la tentativa reside, por lo tanto, en que en esta última el tipo objetivo no está completo, a pesar de estarlo el tipo subjetivo". Bacigalupo, Enrique, *Manual de Derecho Penal, parte general*, Temis-Ilanud, Bogotá, 1ª edición, 1984, pág. 167.
10. Para Carnelutti "representa un caso de discrepancia entre la forma del delito y la voluntad delictuosa, en cuanto que esto que se ha producido es menos que lo que se quería realizar". Breglia Arias, *Código Penal Comentado*, Astrea, Buenos Aires.
11. Artículo 42. El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44.
12. "Los tipos penales contenidos en la ley describen a través de detalles diversos la acción y el resultado típicos. Junto a ellos aparecen tipos o figuras a las que se denomina accesorias o secundarias, por carecer de autonomía. Tales la tentativa y la participación." Fontán Balestra, Carlos, *Manual de Derecho Penal, parte general*, Depalma, Buenos Aires, 1949, pág. 299.

principio de delito"[13]. El concepto de tentativa nos remite a una distinción que debe ser realizada de acuerdo con el grado de consumación del plan que el autor había comenzado a ejecutar[14]. Afirmando la independencia absoluta del resultado alcanzado, sostiene Jakobs que la tentativa es un mero quebrantamiento de una norma, en sí mismo perfecto, y, por lo tanto, independiente del resultado que la conducta desarrollada ha producido. Concibiendo al delito como una ruptura de un orden, imaginando un Derecho Penal que no solo debe solucionar los conflictos más graves de la sociedad sino que también debe cargar con la difícil tarea de llevar a cabo "la misión de garantizar la identidad de la sociedad... "[15] y dejando de lado la definición del delito a partir de la lesión de un bien, el autor alemán afirma que "el ilícito no puede ser definido, incluso en la consumación, como lesión a un bien; ilícito es el quebrantamiento de la norma, el sentido de la conducta peligrosa no permitida (...) Y por ello, lo específicamente contrario a derecho, tanto en la consumación como en la tentativa, reside de modo homogéneo en el quebrantamiento de la norma, que en cada caso es perfecta"[16]. Ante este razonamiento, cualquier tentativa, sea una acabada o una inacabada, producirá una ruptura de la norma en forma idéntica[17].

En nuestros claustros sostiene Sancinetti, desechando también cualquier tipo de relación entre el ilícito realizado y el daño causado o aun el peligro causado y partiendo de una teoría subjetivista del ilícito, que "la tentativa acabada constituye el punto final y más alto de todo ilícito posible[18]". Afirma que solo es posible medir el ilícito sobre la base del dominio del hecho que el sujeto cuenta sobre su acción tendente a lesionar el bien jurídico. Una vez perdida dicha capacidad de dominio, "lo demás es casualidad"[19].

Durante el desarrollo del trabajo intentaré esbozar un criterio de tentativa diferente del expuesto recientemente. Un concepto que solo presuponga una actitud subjetiva del sujeto contraria a derecho como presupuesto mínimo pero no suficiente para la intervención punitiva estatal, presupuesto mínimo que necesariamente se tendrá que nutrir de la "existencia corroborable de un delito[20]" para que dicha respuesta tenga, al menos, pretensiones de legitimidad.

b) Elementos de la tentativa

b.1 El comienzo de ejecución

"No hay culpabilidad jurídico-penal meramente por malos pensamientos o por un movimiento corporal insignificante, aunque vaya acompañado por malos pensamientos[21]", afirma Jakobs, quien recalca que el pensamiento para que pueda ingresar en la esfera penal se debe haber manifestado a través de una conducta socialmente perturbadora. ¿Qué es una conducta perturbadora? La lesión del bien jurídico es el ejemplo por excelencia. ¿Pero qué ocurre con los actos que no han producido lesión alguna, cuando ha de comenzar a ser una conducta plausible de ser perseguida penalmente?

Quizá una de las cuestiones más debatidas sea la distinción entre los actos preparatorios y los actos

13. Welzel, Hans, *"Derecho Penal..."* (op. cit.), pág. 259. Según Zaffaroni, "La tentativa es solo una ampliación de la tipicidad a una etapa previa a la consumación". Zaffaroni, Eugenio Raúl, *"Tratado..."* (op. cit.), pág. 464.
14. "La distinción entre tentativa y consumación evoca rápidamente una diferenciación de grado puramente objetiva en la fase de ejecución del delito". Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *"Derecho Penal..."* (op. cit.), pág. 460.
15. Jakobs, Gunther y Struensee, Eberhar, "Imputación jurídico penal" en: *Problemas capitales del Derecho Penal moderno*, traducción de Javier Sánchez – Vera Gómez Trelles, Hammurabi, Buenos Aires, 1998, pág. 32.
16. Jakobs, Gunther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Editorial Civitas, Madrid, 1995.
17. A diferente solución llega Sancinetti, para quien el ilícito de la tentativa inacabada configura un delito de menor gravedad. "El dolo que no se ha desarrollado completamente realiza un ilícito menos grave que aquel que se ha desplegado hasta el final". Sancinetti, Marcelo A. *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, Bogotá, 1995, p. 142.
18. Sancinetti, Marcelo, *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pág. 25.
19. "Dado que los resultados son siempre producto de un sinnúmero de condiciones, y que las acciones producen a su vez un número indefinido de consecuencias, el objeto de una imputación sólo puede llegar hasta el último instante en que el sujeto domina su hecho. El resultado, como tal, está afuera de este ámbito; él siempre contiene una dosis de azar, posterior al dominio del sujeto sobre su hecho." Sancinetti, Marcelo. *"Subjetivismo ..."* (op. cit.), pág. 25.
20. "Claro que es un paso adelante, conocer qué es lo que una persona verdaderamente quiso hacer. Sirve para describir la acción punible, y si esa acción punible puede imputarse al autor. De modo que la indagación sobre los estados mentales constituye un límite a la punición, pero nunca al sustrato para un juicio de disvalor de esa acción por su infracción a una norma de determinación; porque como en el derecho natural, el mayor problema de estas normas de valor, es su inexistencia. No hay normas penales en este sentido. Por ello no hay razón alguna para enterrar el principio liberal que fundamenta el delito y el castigo en la existencia corroborable de un conflicto de lesión." Alagia, Alejandro, *"De la crítica..."* (op. cit.), pág. 187.
21. Jakobs, Gunther, *Estudios de Derecho Penal*, Editorial Civitas y UAM Ediciones, Madrid, 1997, pág. 209.

ejecutorios. El delito es idealizado por la dogmática penal como un proceso complejo –denominado *iter criminis*–, dentro del cual el sujeto atraviesa por diversas etapas objetivas y subjetivas que permiten un estudio fragmentado de la conducta humana. Se conceptualizan una serie de etapas que el individuo debe recorrer para arribar a la consumación del delito[22]. Estas diferentes fases son esquematizadas clásicamente[23] en cuatro niveles progresivos de desarrollo de la acción: ideación, preparación, ejecución y consumación. Algunas de estas etapas se refieren a "la generación del hecho delictuoso en la mente del sujeto"[24] y quedan reservadas al ámbito interno de este. En estas etapas la regla absoluta es la impunidad en virtud del principio de preserva preceptuado por el artículo 19 de nuestra Constitución y explicitado por Bínder terminantemente: "El derecho penal tiene limitaciones: la primera de ellas ...es que el Derecho Penal solo se puede ocupar de acciones[25]". Las restantes etapas se manifiestan a través de acciones externas[26], que pueden o no ser punibles.

Por regla, la consumación del delito conlleva la imposición de una pena derivada del Código Penal, la "simple decisión de delinquir no manifestada al exterior es irrelevante para el Derecho Penal"[27]. Se puede afirmar que tanto la ideación del plan llevado a cabo por el autor como la preparación del mismo siempre permanecerán impunes. En este sentido, Beling[28] sostenía que: "El legislador, con toda seguridad, ha querido dejar impunes las acciones preparatorias. Precisamente por eso ha exigido... un comienzo de ejecución". Sin embargo, el determinar cuáles han de ser las conductas irrelevantes para el Derecho y cuáles se han de transformar en relevantes, disvaliosas y, por ende, punibles, es, en gran parte, el punto central del estudio de la tentativa[29]. La exterioridad de la acción y consecuentemente la necesidad de excluir del ámbito de la tentativa toda clase de actos preparatorios, guarda íntima relación con lo que Ferrajoli ha llamado el principio de materialidad de la acción. Conforme este postulado, los delitos "no pueden consistir en actitudes o estados de ánimo interiores, y ni siquiera genéricamente de hechos, sino que deben concretarse en acciones humanas –materiales, físicas o externas, es decir, empíricamente observables– descriptibles exactamente, en cuanto tales, por la ley penal"[30]. Exterioridad de los actos susceptibles de prohibición penal[31] y reserva de los actos internos al dominio específico y exclusivo de la moral son las dos consecuencias fundamentales que el requisito de la materialidad de la acción impone al Derecho Penal, evitándose de esta manera la criminalización y el control por parte del Estado de la interioridad de la persona en su conjunto[32]. Si el delito usualmente comienza con la representación que se realiza el sujeto de la acción a ser llevada a cabo por él mismo[33] y dicho pensamiento no implica acción alguna, el Derecho Penal debe permanecer ajeno de-

22. "La consumación de un delito está normalmente precedida por una serie de etapas en las que el autor orienta su proceder para poder concretarlo. Estas etapas constituyen el denominado *iter criminis*, es decir el proceso que se desarrolla entre el momento en que nace la idea criminal y el de consumación del delito." Righi, Esteban y Fernández, Alberto, Derecho Penal, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, pág. 319.
23. "El hecho punible doloso se desarrolla en cuatro etapas: ideación, preparación, ejecución y consumación." Bacigalupo, Enrique, "*Manual de ...*" (op. cit.).
24. "El hecho delictuoso comienza generándose en la mente del sujeto, exteriorizándose luego a través de acciones hasta llegar al total agotamiento del delito. Este proceso psicofísico es denominado desde la época de los 'prácticos', iter criminis." Fontán Balestra, Carlos, *Manual de Derecho Penal, parte general*, Depalma, Buenos Aires, 1949, pág 299.
25. Bínder, Alberto, *Justicia penal y Estado de Derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pág. 157.
26. "En este recorrido, es posible distinguir etapas que no trascienden el plano del pensamiento (internas) respecto de las cuales la regla es la impunidad, de aquellas otras que suponen la materialización de acciones externas, de las cuales algunas son punibles y otras no." Righi, Esteban y Fernández, Alberto, "*Derecho...*" (op. cit), pág 319.
27. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, "*Derecho Penal...*" (op. cit.), pág. 458.
28. Beling, Ernest, "*Esquema de Derecho Penal*", traducción de Sebastián Soler, Depalma, Buenos Aires, 1944, pág. 101 y ss.
Jakobs, Gunther y Struensee, Eberhar, "Imputación jurídico penal" en: *Problemas capitales del Derecho Penal moderno*, traducción de Javier Sánchez y Vera Gómez Trelles, Hammurabi, Buenos Aires, 1998, pág. 32.
29. La indeterminación de muchos de los términos planteados no es un problema menor debido a que es esta indeterminación la que produce una importante inseguridad jurídica así como serias arbitrariedades en la práctica jurisprudencial. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, "*Derecho Penal...*" (op. cit.), pág. 465.
30. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillas Basoco y Rocío Cantero Bandrés, Trotta, Valladolid, 1998, pág. 480.
31. "Las leyes que solo se encargan de castigar las acciones exteriores, afirma Montesquieu, que estima que es un acto tiránico el castigo de la simple intención homicida." Ferrajoli, Luigi, "*Derecho y razón...*" (op. cit.), pág. 482.
32. Ferrajoli, Luigi, "*Derecho y razón...*" (op. cit.), pág. 483.
33. "El primer paso es la ideación." Righi, Esteban y Fernández, Alberto, "*Derecho...*" (op. cit.), pág. 319 y ss.

bido a que "la simple decisión a la acción no es punible"[34], ya que no existe lesión alguna que reparar ni dolo relevante que castigar[35]. El Derecho Penal de un Estado democrático[36], un Derecho Penal reglamentario de las garantías constitucionales y, por lo tanto, respetuoso del principio de reserva enunciado claramente en el artículo 19 de la Constitución Nacional, deberá obedecer el principio básico que afirma que: "Una decisión de acción cuya realización no se comienza, permanecerá siempre impune"[37]. El Derecho Penal solo puede tener como misión la protección de un orden determinado[38] y solo la lesión de tal ordenamiento puede dar lugar a la más dura de las posibles intervenciones con que cuenta el Estado, lesión que de modo alguno se produce a través de la mera ideación de un camino delictivo. En palabras de Stratenwerth[39]: "Dado que el derecho penal no estimula la formación moral del individuo, sino que tiene la misión de proteger un determinado orden social, solo la lesión de este orden puede constituir un hecho ilícito. En este sentido, la decisión es un suceso puramente interno; no lesiona nada ni a nadie". En palabras de Welzel, solamente "la voluntad mala en realización"[40] podrá ser alcanzada por el Derecho Penal.

Las etapas externas evidencian ya un accionar del sujeto en el mundo externo que puede demostrar su voluntad viciada. Estas acciones que desarrolla el sujeto, sin embargo, no son siempre punibles. La segunda etapa del delito es la preparación del mismo, proceso por el cual el autor dispone de los medios elegidos, con miras a crear las condiciones para la obtención del fin. Parte de la doctrina sostiene que, en forma excepcional, estos actos preparatorios pueden ser castigados –"por regla general, también permanecerá impune la preparación del hecho impune"–[41] y solo en excepcionales casos podrá ser punida su conducta[42]. La solución no es la correcta, todo acto preparatorio debe permanecer impune y solo será posible punir la conducta si la misma es abarcada por otro tipo penal. El castigo penal será por lo tanto posible si solo existe una figura penal independiente que lo permita, delito que no deberá guardar relación alguna con la posible tentativa iniciada, que continuará siendo impune hasta que los actos desarrollados por el sujeto puedan ser considerados como un comienzo de ejecución de un delito.

Admitido que tanto la ideación como la preparación deben ser etapas irrelevantes para un Derecho Penal no moralizante, las únicas etapas que tienen la posibilidad de ingresar al ámbito del Derecho Penal son las etapas de ejecución y la de la consumación del delito[43]. Las etapas previas a la lesión del bien jurídico enmarcadas ya en un proceso de ejecución[44] –"utilización concreta de los medios elegidos, con miras a crear las condiciones para la obtención de un fin"[45]– será pues el lugar en el cual podremos analizar la problemática de la tentativa[46].

34 Welzel, Hans, "*Derecho Penal...*" (op. cit.), pág. 259.
35 Welzel, Hans, "*Derecho Penal...*" (op. cit.), pág. 259.
36 "El principio de la punibilidad de las ideas ...caracteriza al Derecho Penal contemporáneo de perfil democrático, y encuentra fundamento en nuestro país en el principio de reserva previsto en la primera parte del artículo 19." Righi, Esteban y Fernández, Alberto, "*Derecho...*" (op. cit.), pág. 319 y ss.
37. Stratenwerth, Gunther, "*Derecho Penal ...*" (op. cit.), pág. 200.
38. "La misión primordial del Derecho Penal es proteger el orden social, el cual no se vulnera por las reflexiones internas de los hombres aunque se las pueda descalificar o considerar inmorales." Righi, Esteban y Fernández, Alberto, "*Derecho...*" (op. cit.), pág. 319 y ss.
39. Stratenwerth, Gunther, "*Derecho Penal ...*" (op. cit.), pág. 200 y ss.
40. "También en el Derecho Penal de la voluntad no se castiga la voluntad mala como tal, sino como la voluntad mala en realización." Welzel, Hans, "*Derecho Penal...*" (op. cit.), pág. 259 y ss.
41. Stratenwerth, Gunther, "*Derecho Penal ...*" (op. cit.), pág. 200 y ss.
"El principio general es que la preparación de un hecho delictivo no genera responsabilidad penal." Righi, Esteban y Fernández, Alberto, "*Derecho...*" (op. cit.), pág. 321.
42. "Es frecuente afirmar que 'excepcionalmente' la ley castiga también los actos preparatorios." Bacigalupo, Enrique, "*Manual de ...*" (op. cit.), pág. 163 y ss.
43. "Solo entran en el ámbito de las punibles las de ejecución y consumación." Bacigalupo, Enrique, "*Manual de ...*" (op. cit.), pág. 163 y ss.
44. Este punto, analizado desde una perspectiva normativa, también adquiere aristas interesantes en lo que respecta a la tentativa inidónea. El requisito de acción no debe ser considerado como una mera puesta en acción de una causalidad sino que debe ser analizado en virtud de criterios jurídicos y que no deben basarse en exclusivas representaciones internas del sujeto. El accionar debe objetivamente constituir un comienzo de ejecución de la conducta prohibida. El tomar un salero y colocar sal en una taza creyendo que con dicha acción estoy envenenando a mi enemigo no puede ser considerada objetivamente como un comienzo de acción tendiente a lesionar un bien jurídico."
45. Bacigalupo, Enrique, "*Manual de ...*" (op. cit.), pág. 163 y ss.
46. Es esta etapa, la ejecución, el lugar de estudio de la tentativa. Antes de ella el Derecho Penal se encontrará con una mera preparación de un ilícito, por regla general impune y luego de ella se encontrará con la última etapa del *iter criminis*, la consumación del delito, en la cual ya se verifica la total realización del tipo objetivo del delito.

b.2 La no producción del resultado en virtud del plan original del autor

Clásicamente, se establece que es requisito ineludible de la tentativa la no producción del resultado buscado por el sujeto. Se afirma que: "en la tentativa el tipo objetivo no está completo. Por el contrario, el tipo subjetivo debe darse íntegramente, y por cierto del mismo modo como tiene que aparecer en un delito consumado[47]". De esta manera se sostiene que en la tentativa, a diferencia del error de tipo en el cual se verifica un tipo objetivo completo y uno subjetivo viciado, nos encontramos con una conducta en la cual "se realizan los elementos subjetivos pero no, o no totalmente, los objetivos del supuesto de hecho típico de un delito doloso de acción[48]". Considero que esto no es exacto. El Derecho Penal, emancipado de una imputación basada en meras relaciones causales, debe imputar normas sobre la base de conceptos normativos que tengan en cuenta criterios objetivos. Supongamos que Juan decide matar a Pedro, compra un revólver, le dispara y lo hiere en la pierna. La herida no resultaría mortal y se podría curar fácilmente por cualquier centro médico con una mínima colaboración de la víctima. El plan –en el aspecto subjetivo del autor– ha sido llevado a cabo sin interferencia alguna. Sin embargo, el disparo que, sobre la base de criterios objetivos, solo podía causar una herida y, por lo tanto, una tentativa de homicidio, debido a íntimas convicciones de Pedro –testigo de Jehová–, se transforma en una herida mortal ante la negativa de este de recibir ayuda alguna. Pedro finalmente muere y sin duda que la muerte ha sido producida causalmente por el disparo de Juan. Sin embargo, la conducta de Juan normativamente –imputación objetiva: principio victimodogmático[49]– no puede ser considerada como un delito consumado sino que debe permanecer en el campo de la tentativa, aun habiéndose completado tanto el tipo objetivo como el subjetivo del tipo penal. Juan, en nuestro ejemplo, ha perdido el control del dominio del hecho por circunstancias ajenas a su voluntad, y este es el criterio que debe definir cuándo existe tentativa o delito consumado. Sin control, el resultado posterior, aun siendo el deseado y planeado originalmente, no podrá ser imputado en forma normativa al sujeto. Este desarrolla durante la tentativa un determinado plan, el cual, si se ve frustrado por circunstancias ajenas al plan original del autor, se podrá hablar de una tentativa acabada. De esta manera, ante un plan del autor que se interrumpe o que no se verifica con exactitud, la producción o no del resultado deseado no podrá ser imputada normativamente al sujeto y, por ende, será posible que exista un delito tentado con un tipo objetivo plenamente completo[50]. Aquí la noción de plan del autor y de dominio del hecho es utilizada para limitar el accionar estatal ante la falta de dominio del hecho, impunidad ante el delito consumado y posibilidad de punición por tentativa.

b.3 El tipo subjetivo

La doctrina mayoritaria considera que el tercer requisito de la tentativa es que exista un tipo subjetivo completo[51]. Welzel considera que "en la tentativa el tipo subjetivo debe darse íntegramente, y, por cierto, del mismo modo como tiene que aparecer en un delito consumado[52]", mientras que Struensee, en el mismo sentido, sostiene que "el tipo subjetivo debe concurrir íntegramente, tal como en el delito consumado[53]". Se considera que el tipo de la tentativa es un tipo dependiente debido a que "todos sus elementos van referidos a un delito consumado... de ahí que el dolo sea el mismo que en el delito consu-

47. Welzel, Hans, *"Derecho Penal..."* (op. cit.), pág. 262. En el mismo sentido sostiene Righi que "el resultado no se produzca, es decir que pese a haber comenzado la ejecución, el autor no haya logrado integrar todos los elementos del tipo objetivo".
48. Righi, Esteban y Fernández, Alberto, *"Derecho..."* (op. cit.), pág. 319 y ss.
49. Stratenwerth, Gunther, *"Derecho Penal ..."* (op. cit.), pág. 200 y ss.
50. El Derecho solo se puede ocupar de la protección de bienes jurídicos que han sido protegidos también por la víctima (sic). Sin un mínimo de colaboración de la víctima en la protección de los mismos, es imposible que el Estado intervenga. El más extenso y profundo trabajo desarrollado sobre el tema pertenece a Manuel Cancio Mella. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1998.
51. En similar sentido, Sancinetti afirma que en casos de tentativas inidóneas en las cuales el plan del autor es inidóneo, la conducta será siempre punible, aun si se llegase a producir el resultado deseado. Sancinetti, Marcelo, *"Subjetivismo ..."* (op. cit.), pág. 70.
52. Sin embargo, existen autores que consideran que es válido admitir delitos tentados en los cuales no se verifica una conducta dolosa. El objetivo de este trabajo excede el tema en análisis. Entre estos autores, salvo contadas excepciones, la doctrina estima que conceptualmente la tentativa solo es posible en los delitos dolosos, y por lo tanto inadmisible en los delitos culposos. Por ende la naturaleza del dolo "no es distinta en la tentativa que en el delito consumado". Righi, Esteban y Fernández, Alberto, *"Derecho..."* (op. cit.), pág. 331.
En contra de la posibilidad de admitir delitos culposos "Del fundamento de la punición de la tentativa... se deriva que no cabe la tentativa por imprudencia, ya que en estos casos no se manifiesta la voluntad de cometer un delito". Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *"Derecho Penal..."* (op. cit.), pág. 463.
53. Welzel, Hans, *"Derecho Penal..."* (op. cit.), pág. 262.

mado. Sin adentrarnos en la posibilidad de admitir delitos culposos en carácter de tentativa, resulta interesante analizar en este supuesto la necesaria capacidad objetiva de pretender que toda conducta debe tener para que se pueda afirmar que existe dolo. Se asegura con precisión que no basta con cualquier tipo intención disvaliosa para poder afirmar que existe dolo (sic). El autor debe llevar, o intentar llevar a cabo, en el caso de las tentativas, acciones que de un modo razonable puedan conducir a la producción de un resultado. Ante un "autor (que) no puede pretender, de un modo razonable, la producción de ese resultado como consecuencia de su acción[54]" solo cabe afirmar la falta de dolo y por consiguiente la impunidad. Considero que este concepto puede brindar una solución a favor de la impunidad de conductas que, por su propia definición, no tienen capacidad alguna de pretender el resultado que el autor procura.

c) Diferentes teorías acerca del fundamento de la punibilidad de la tentativa

Existen diversas teorías acerca de los fundamentos de la punibilidad[55] de la tentativa que tienen íntima relación con la posibilidad de castigar penalmente las tentativas inidóneas y con los fines del Derecho Penal. Brevemente, analizaré las diferentes concepciones dominantes; las teorías subjetivas, objetivas y la teoría de la impresión.

Las teorías subjetivas encuentran su fundamento legal en la "puesta de acción de la voluntad hostil al derecho[56]", desplazando el eje central del peligro concreto[57] corrido por el bien jurídico protegido y concentrándose en la verificación de una voluntad contraria al orden jurídico. En palabras de Beling, este tipo de fundamentación de la punibilidad de las tentativas considera antijurídica a "toda acción proveniente de un querer malo[58]". Las doctrinas subjetivas basan su fundamento, pues, en la voluntad del agente dirigida a la comisión de un delito y determinan que "lo que real y objetivamente haya realizado (el sujeto) se relega a un segundo plano[59]". Estas teorías permiten ampliar el campo de acción del Derecho Penal y "concebir la punibilidad de toda tentativa, inclusive la inidónea, pues dentro de su esquema una distinción entre tentativa inidónea e idónea no tiene sentido: toda tentativa es inidónea pues, de haber sido idónea, se hubiera consumado el delito"[60]. Se produce en pos de una finalidad que también se pretende protectora de bienes jurídicos, un ensanchamiento de la franja de comportamientos abarcados por el Derecho Penal, que comprenderá, por lo tanto, ya no solo conductas que provoquen una lesión efectiva del bien jurídico. También se pretenderá punir conductas que pongan en peligro un bien jurídico o en las cuales ni siquiera ha existido peligro alguno para el bien jurídico. El comienzo de la punibilidad de la tentativa será determinado cuando se ha producido una exteriorización –manifestada a través de una acción objetiva que haya comenzado la ejecución del hecho– de la voluntad de lesionar un bien jurídico, independientemente de que haya existido o no un real peligro para el mismo. Jakobs sostiene que "el fundamento de la punibilidad de la tentativa consiste en que a través de su intento el autor expresa su desobediencia a una norma realmente existente"[61] y que basta conque el autor haya obrado "expresando desde su propia perspectiva un proceder que racionalmente hubiera podido vulnerar la norma"[62] para poder penarlo. El Tribunal del Reich, enmarcándose en una posición abiertamente subjetivista, ha afirmado que "no podría haber dudas de que en la tentativa la voluntad criminal es aquel fenómeno contra el cual se dirige la ley penal, a diferencia del resultado antijurídico manifestado en la consumación y proveniente de la voluntad criminal[63]".

---

54. Struensee, Eberhard, "Tentativa y dolo" en: *Cuadernos de Política Criminal*, 1989, pág. 405.
55. Ferrante, Marcelo, "Punibilidad de la tentativa (2ª parte). Punibilidad de la tentativa acabada" en: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal* Nº 4-5, Buenos Aires, pág. 1173.
56. "Con la punición de la tentativa se castiga la actuación de voluntad dirigida a la realización total del delito y, ciertamente, en el estadio en que esta actuación ya no es una preparación no comprometedora sino cuando se pone inmediatamente en relación con la realización delictiva, esto es cuando la actuación de la voluntad tiene una significación peligrosa para el ordenamiento jurídico." Welzel, Hans, "*Derecho Penal...*" (op. cit.), pág. 265.
57. Roxin, Claus, Dogmática penal y política criminal, Idemsa, Lima, 1998, pág. 269.
58. El fundamento de la punición de la tentativa no es el peligro, sino como lo decía Impallomeni, la "*turbación de la tranquila posesión del bien jurídico*". Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal, Tomo IV*, Ediar, Buenos Aires, pág. 477. ¿Y cuando el titular del bien jurídico ni se enteró?
59. Beling, Ernest, "*Esquema ...*" (op. cit.), pág. 101 y ss.
60. Quintero Olivares, *Curso de Derecho Penal*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1996; pág. 462.
61. Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal, parte general*, 2ª Edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 465
62. Jakobs, Strafecht, Allgemeiner Teil, 2ª ed., p. 712, citado por Bacigalupo, Enrique, "*Derecho...*" (op. cit.).
63. Bacigalupo, Enrique, "*Derecho...*" (op. cit.), pág. 467.

Las teorías objetivas, o mejor llamadas "teorías de puesta en peligro[64]", fundamentan la punibilidad de toda tentativa básicamente a partir del peligro que ha corrido el bien jurídico protegido, y no a partir exclusivamente de una actitud contraria a la norma. El fundamento de la tentativa es buscado en "el objetivo riesgo o peligro sufrido por el bien jurídico, riesgo que es cuantitativamente menos grave que su efectiva lesión, lo que explica el descenso del castigo[65]". El Derecho, según esta teoría, solo podrá conocer la objetiva transgresión de una esfera de libertad ajena y la punibilidad solo podrá ser fundamentada a partir de datos objetivos que demuestren la peligrosidad de la conducta desarrollada[66]. Una tentativa será peligrosa solo si "un observador promedio razonable, el cual está provisto además con cualquier conocimiento especial del autor, tuvo que haber considerado ex ante que el resultado era seriamente posible[67]". Esta concepción excluye del ámbito de punibilidad toda conducta que no implique un plan racional y probable de ser llevado a cabo por parte del autor. Quien creyendo envenenar, coloca sal en la sopa de su vecino, no podrá ser castigado. Sin embargo, si la sal se encontraba dentro de un frasco etiquetado con una calavera, el veneno era blanco y cualquier observador medio hubiera creído que la sal realmente colocada se trataba de veneno, la punibilidad del intento parece que debería ser confirmada según la teoría, a pesar de que el bien jurídico no haya siquiera sufrido peligro.

La teoría de la impresión, mayoritaria en la doctrina en la actualidad, encuentra el fundamento penal de la tentativa en "la impresión de conmoción jurídica que ocasiona la conducta del autor[68]". Versión tamizada de la clásica teoría subjetiva, presupone un disvalor de acción pero no lo considera suficiente para poder afirmar la punibilidad de dicho comportamiento si no se ha traspasado el denominado filtro de dañosidad social. "Concretamente, desde un concepto subjetivista de la tentativa, esto sería, las acciones con las que el autor cree haber dado comienzo a la realización de la conducta típica, es posible diferenciar aquellas que objetivamente muestran capacidad de resultado (idóneas) de aquellas otras que carecen desde su inicio de tal capacidad objetiva (inidóneas)[69]". Jakobs, resaltando que la definición de la conducta punible guarda una íntima relación con el efecto que dicha conducta produce sobre la percepción acerca de la vigencia efectiva de la norma y considerado como determinante para punir o no una conducta, ya no solamente el accionar del individuo, afirma que "una conducta que ni objetivamente, ni según la opinión de los conciudadanos, tiene consecuencias perjudiciales queda excluida por falta de referencia social, como mera inmoralidad, del ámbito que ha de ser regulado jurídico –penalmente[70]". De esta manera, a pesar de no existir un resultado disvalioso, la justificación de la punibilidad de la conducta encuentra su fundamento en que la misma ha alterado la paz social y que, por lo tanto, puede ser sancionada si ha producido intranquilidad social. Esta teoría permite excluir del ámbito de las tentativas inidóneas todo tipo de conducta que no trascienda a los actores de la misma y que no haya sido percibida. Sin embargo, y a pesar de que esta teoría permite limitar el concepto esbozado por las teorías subjetivas que encuentran la punición de la tentativa exclusivamente en la existencia de una voluntad hostil al derecho, la teoría de la impresión enfrenta graves problemas cuando se reflexiona acerca de la posibilidad de verificaciones de actitudes irracionales por parte de la comunidad. La existencia de una sociedad "no ilustrada" produce tensión necesariamente sobre el fundamento de la teoría y provoca que sus defensores tengan que afirmar que el "Derecho no tiene que adaptarse necesariamente a cualquier convicción o sentimiento vigente en la sociedad[71]".

d) La tentativa inidónea

d.1 Concepto

Quienes parten de un concepto subjetivista del acto ilícito consideran la única diferencia que existe entre una tentativa idónea y una inidónea en que "en la última hay una absoluta incapacidad en los medios aplicados para la producción del resultado típi-

64. RGSt. 1. 439; 1, 451; 8, 198; 17, 158; 24, 382. Citado por Roxin, Claus, "Dogmática..." (op. cit.), pág. 269.
65. Roxin, Claus, *Dogmática penal y política criminal*, Idemsa, Lima, 1998, pág. 267.
66. Quintero Olivares, "*Curso...*" (op. cit.), pág. 462.
67. Farré Trepat, Elena, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Editorial Bosch, Barcelona, 1986, pág. 278 y ss.
68. Roxin, Claus, *Dogmática penal y política criminal*, Idemsa, Lima, 1998, pág. 267.
69. Roxin, Claus, *Dogmática penal y política criminal*, Idemsa, Lima, 1998, pág. 276.
70. Sola Roche, Esteban, *La llamada "tentativa inidónea" de delito*, Editorial Comares, Granada, 1996, pág. 31.
71. Jakobs, G. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción española de J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Civitas, Madrid, 1995, 25-22.

co... en la segunda el error es grosero, burdo, grueso[72]", y, en consecuencia, ante la falta de previsión legal y realizando una interpretación extensiva del artículo 42 del Código Penal consideran que "la tentativa inidónea, no deja de ser un caso más de tentativa[73]". Ante una misma definición legal la única consecuencia práctica es que en "caso de imposibilidad solo representa una atenuación de la pena que tiene en consideración el menor disvalor del resultado que en él se comprueba[74]". En España, la solución adoptada por el legislador es diferente debido a que el artículo 16 del Código Penal se basa en una teoría objetiva de la tentativa al incluir en el concepto de delito a todos aquellos actos que "objetivamente deberían producir el resultado"[75]. Considero que esta solución es la correcta ya que la aplicación del Derecho debe nutrirse de criterios político criminales que permitan encontrar soluciones racionales dentro del sistema. Siendo "misión de la dogmática en el marco de la política criminal conseguir posibilidades de solución acordes con el sistema para objetivos político-criminales[76]", es necesario optar por una solución que, además de ser aceptable teóricamente dentro del sistema del hecho punible, sea compatible con los principios que mejor "se acoplen a los presupuestos axiológicos del sistema"[77].

A favor de una interpretación subjetivista, Sancinetti define a las tentativas inidóneas no a partir de la posibilidad de afectación de un bien jurídico ni del real peligro que ha corrido, sino a partir del proyecto de acción concebido por el sujeto. "Cuando ya en el proyecto de acción esté concebido de tal modo que, según una valoración objetiva, normativa, ese modo de comisión no pueda llegar a la consumación, o no pueda hacerlo solo por casualidad, por circunstancias ajenas a la voluntad del autor"[78]. Este criterio nos sitúa fuera del campo concreto de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico y nos sumerge dentro de peligrosas referencias subjetivas, que en estos casos funcionan no para limitar la posibilidad del Estado de perseguir, sino que, por el contrario, fundamentan la punibilidad. Las representaciones que el autor tenga y la construcción de un tercero imparcial, que con criterios por demás indefinidos determina cuándo una acción es racional o no, fundamentan el castigo de este tipo de tentativas[79]. Explica Sancinetti que "según la interpretación objetivista – externalizante, la punibilidad de la tentativa se fundamentaría en el peligro real por un objeto de bien jurídico"[80]. El autor analizado se muestra contrario a este tipo de interpretación debido a que "si el autor asumió un proyecto de acción completamente racional, como para alcanzar el resultado, el que no haya habido un riesgo exterior o no, es irrelevante[81]" (sic). Alejados definitivamente de criterios objetivos, se afirma que si bien en principio toda tentativa es inidónea, es posible fundamentar el merecimiento de

72. Peñaranda Ramos, Enrique; Suárez González, Carlos y Cancio Melia, Manuel, *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Gunther Jakobs*, Grijley, Lima, 1998, pág. 46.
73. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 1997, pág. 609 y ss.
74. Zaffaroni, Eugenio Raúl, "*Tratado...*" (op. cit.), pág. 463. En idénticos términos: "El Código Penal Argentino (art. 44) y el español (art. 52, II) han decidido expresamente la punibilidad de la tentativa inidónea. En este sentido ofrecen un fundamento para la tentativa subjetiva de la tentativa, aunque requiriendo en todo caso una acción que objetivamente implique el comienzo de la ejecución". Bacigalupo, Enrique, "*Manual de...*" (op. cit.), pág. 165. Con respecto a esta cita, es importante considerar la modificación legislativa del tratamiento legislativo que se le ha realizado a la tentativa inidónea en España, enmarcada actualmente a favor de una teoría objetiva de la punibilidad de este tipo de conductas. "La ley nada dice al respecto". Fontán Balestra, Carlos, *Manual de Derecho Penal, parte general*, Depalma, Buenos Aires, 1949, pág. 305.
"En las leyes que declaran la punibilidad de la tentativa inidónea no hay diferencia conceptual alguna entre la tentativa idónea y la inidónea." Bacigalupo, Enrique, "*Manual de...*" (op. cit.), pág. 170.
75. Bacigalupo, Enrique, "*Manual de ...*" (op. cit.), pág. 170.
76. En postura crítica de esta reforma realizada en el año 1995 al Código Penal Español, se manifiesta Cerezo Mir, José, "La regulación del iter criminis y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal español" en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, Nº 1, UNED, pág. 20 y ss.
77. Zipf, Heinz, Introducción a la política criminal, trad. de Miguel Izquierdo Macías-Picavez, Edersa, España, 1979, pág. 4 y ss.
78. Rusconi, Maximiliano, "*Sistema...*" (op. cit.), pág. 51. "En ello reside el plus de legitimación reclamado por Hassemer".
79. Sancinetti, Marcelo, "*Subjetivismo ...*" (op. cit.), pág. 70. "La enfermera que quiere darle una aspirina a un enfermo de cáncer con la esperanza –no apoyada en ninguna consulta– de que el enfermero muera por no poder resistir la aspirina, obra con una representación irracional, y, por lo tanto no es punible, por tentativa, porque este acto, este contenido subjetivo, es inidóneo; y no es punible, aun cuando –por error– dé al enfermo una gragea equivocada que casualmente le produzca la muerte".
80. "No se puede prescindir de la representación de las circunstancias que tenga el autor. Disparar contra un cadáver, creyéndolo una persona viva, o con una pistola descargada, creyéndola cargada, no son conductas objetivamente peligrosas para el observador imparcial que conozca la realidad; pero pueden ser consideradas como peligrosas e idóneas, para matar, para ese mismo observador imparcial que crea, como el autor, que el cadáver es una persona viva. En cambio, en los casos de tentativa irreal o absolutamente inidónea, el mismo observador imparcial, es decir un hombre medio, en ningún caso podría admitir la peligrosidad de la acción." Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, "*Derecho Penal...*" (op. cit.), pág. 470.
81. Sancinetti, Marcelo, "*Subjetivismo ...*" (op. cit.), pág. 69.

pena[82]. "La conducta del sujeto... siempre debe ser valorada objetivamente, ex ante, con ayuda de criterios como la adecuación social, el riesgo permitido, etc. Si con esta consideración objetiva ex ante se admite que el sujeto podía razonablemente pretender la consumación del delito, su tentativa será punible, por más que ex post (sabiendo ya que, por ejemplo, su pistola estaba descargada) dicha consumación hubiera sido imposible. Una vez admitido esto, es irrelevante que la indignidad se deba a los medios (pistola descargada), al objeto (cadáver) o al sujeto (... por ejemplo malversación de fondos)"[83].

d.2 Punibilidad de la tentativa inidónea

Sin duda alguna, el estudio de la tentativa inidónea implica fundamentalmente el encontrar una respuesta al problema de la necesaria fundamentación de la punibilidad de las conductas que no alcanzan la efectiva lesión del bien jurídico. La respuesta a favor o no de la punibilidad de este tipo de conductas guarda estrecha relación con el fundamento que se le ha otorgado a la punibilidad de la tentativa. De esta manera, quienes partiendo de una concepción subjetivista se encuentran ante un sujeto que ha manifestado su irreverencia ante la norma y que ha "realizado una acción con tendencia al menoscabo del objeto del bien jurídico"[84], considerarán que la punibilidad de las tentativas inidóneas será viable. Toda teoría subjetiva que no tome en cuenta el carácter peligroso de las conductas no diferenciará y, por ende, vaciará de contenido a la distinción entre tentativas idóneas e inidóneas. Para quienes, como Sancinetti, consideran que el peligro o el daño externo no es constitutivo del delito, para quienes consideran que todo lo no dominable por el autor es casualidad y que, por lo tanto, el Derecho debe permanecer ajeno al ámbito de lo que la conducta ha producido materialmente, la "idoneidad o peligro objeto, exterior, no interesa; solo importa que la voluntad de realización constituya una representación racional de estar creando un riesgo reprobado[85]". Es irrelevante, según esta concepción, que exista peligro si existió voluntad de realización de una conducta con un contenido racional[86].

Entre quienes sostienen que es posible la persecución de este tipo de tentativas, sin duda se debe incluir a Jakobs. Reiventando (sic) el concepto de prevención general, agregándole el adjetivo de "positiva", Jakobs busca otorgarle al Derecho Penal la nada modesta función de garantizar la vigencia de "las expectativas normativas esenciales (aquellas de las que depende la propia configuración o identidad de la sociedad) frente a aquellas conductas que expresan una máxima de comportamiento incompatible con la norma correspondiente y ponen a esta, por tanto, en cuestión como modelo de orientación en el contacto social[87]". El requisito de perturbación social es eliminado y reducido a que la sociedad conozca la desobediencia, a que la sociedad "se entere de que el autor, en su acción o en su omisión, tuvo efectivamente dolo del hecho típico...No hace falta más perturbación social que la exteriorización del dolo"[88]. La tradicional imagen que asociaba delito con consumación es dejada de lado para pasar a considerar a la tentativa como el "concepto por excelencia del delito[89]". Ante la multiplicidad de cursos causales que puede tomar una conducta, ante la falta de certeza acerca de la producción del resultado realmente deseado por el autor, el Derecho Penal pretende apropiarse de la voluntad contraria a la norma y construir fundamentalmente a partir de ella el concepto de delito[90]. El Derecho Penal se ocupa aquí de una volun-

82. Sancinetti, Marcelo, *"Subjetivismo ..."* (op. cit.), pág. 69.
83. "En todos los casos, la tentativa, objetivamente considerada, siempre es inidónea para consumar el delito y, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia dominantes aceptan en general, que es merecedora de pena, aunque con ciertas limitaciones. Pero cuando el grado de inidoneidad es absoluto y el bien jurídico ni siquiera de lejos puede ser objetivamente afectado por la conducta realizada, parece también lógico que se prescinda de la intervención del Derecho Penal." Muñoz, Conde, p. 469.
84. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *"Derecho Penal..."* (op. cit.), pág. 470.
85. Sancinetti, Marcelo, *"Subjetivismo ..."* (op. cit.), pág. 23.
86. Sancinetti, Marcelo, *"Subjetivismo ..."* (op. cit.), pág. 24.
87. "La irrelevancia de la situación de peligro exterior vale, pues, en ambas direcciones. Así como no importa que no se haya producido un peligro para el objeto de bien jurídico si es que hubo voluntad de realización con contenido racional (ilícito culpable), tampoco importa que sí se haya producido un resultado si la representación del hecho no era un proyecto comunicativamente relevante, racional." Sancinetti, Marcelo, *"Subjetivismo ..."* (op. cit.), pág. 72.
88. Jakobs, Gunther, *"Derecho Penal..."* (op. cit.), (citado por Peñaranda Ramos, Enrique; Suárez González, Carlos y Cancio Meliá, Manuel, *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Gunther Jakobs*, Grijley, Lima, 1998, pág. 15).
89. Sancinetti, Marcelo, *"Subjetivismo ..."* (op. cit.), pág. 159.
90. Fletcher, George P. *"Conceptos básicos de Derecho Penal"*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 251.

tad criminal[91], de una "significación social de la vigencia de las normas y de su quebrantamiento[92]" más que de una acción disvaliosa frente a terceros. Ante esta concepción, que coloca a la sociedad toda frente al autor, que entiende a la pena como una autoconfirmación de la vigencia de las normas esenciales, la idea de la infracción se aleja de la noción de bien jurídico y se relaciona definitivamente con una propuesta perturbadora de cambio, ante el cual la sociedad debe reaccionar y ante el cual poco importa el resultado o el peligro que dicha propuesta de cambio ha producido en el mundo. De esta manera considera Jakobs que "en correspondencia con la localización de quebrantamiento de la norma y pena en el plano del significado, no se puede considerar como misión de la pena la evitación de lesiones de bienes jurídicos. Su misión es más bien la confirmación de la vigencia de la norma[93]". A favor de la punibilidad de la tentativa inidónea, a pesar de que en estos supuestos no exista, como bien lo reconoce el mismo autor, ni lesión ni puesta en peligro del bien jurídico, se manifiesta también Zaffaroni. El autor considera que es válido invocar el poder penal frente a este tipo de conductas debido a que la acción ha provocado "una perturbación" y a que "nadie está obligado a soportar conductas que tiendan a lesionar sus bienes jurídicos, por mucho que sean burdamente inidóneos los medios aplicados para ello[94]". Ante este argumento surge el interrogante, ¿cuál sería el fundamento que tendría la punición de la tentativa en los casos en los cuales el afectado ni se ha enterado de la acción llevada a cabo?

Durante el desarrollo del trabajo, analizando la posibilidad de evitar la punición de este tipo de conductas, analizaré los argumentos que se pueden encontrar para descriminalizar las tentativas inidóneas y sostendré que el Derecho solo podrá punir casos en los cuales "La realización de voluntad exterior misma ha de ser seriamente peligrosa. Se requiere una peligrosidad objetiva que exista en el propio suceder exterior" y, al igual que Stratenwerth[95], que "Lo decisivo debe verse, sobre todo, en la consideración político criminal de que la tentativa evidentemente inidónea no aparece como una lesión, digna de tomarse en serio, de la norma de comportamiento jurídico penalmente protegida: en estos casos, una sanción carece de sentido".

d.3 Hipótesis de inidoneidad

Solo con criterios didácticos, la doctrina[96] ha dividido en diferentes supuestos a los casos de tentativas inidóneas. Los supuestos comparten la característica básica de ser todos incapaces de haber producido un resultado lesivo y no acarrean mayores ventajas para ser aplicados en la práctica jurisprudencial.

La inidoneidad en el objeto es ejemplificada por acciones tales como la del doctor que lleva a cabo un aborto en una mujer que, en realidad, no se encuentra embarazada, o la del hombre que apuñala una almohada creyendo que en realidad se trata de un hombre. Estos supuestos en los cuales "el objeto sobre el que recae la acción no permitiría por sus condiciones la consumación y aquellos en que el objeto de la acción falta totalmente[97]" son considerados por Zaffaroni como casos en los cuales existe ausencia de tipicidad. Nuestras cortes han afirmado, por ejemplo, que el supuesto "se da cuando falta un tipo o un elemento del tipo como apoderarse de la cosa propia,

91. Jakobs afirma que "Hay injusto de una tentativa y no solo el injusto intentado de una consumación, porque también la tentativa conforma un pleno quebrantamiento de la norma; de modo más preciso, porque la tentativa constituye la ejecución de un comportamiento que expresa de manera plena la no observancia de la norma por parte del autor." Jakobs, Gunther, *Estudios de Derecho Penal*, Editorial Civitas y UAM Ediciones, Madrid, 1997, pág. 229.
92. "En efecto; al adoptarse el criterio objetivo, no habrá habido peligro, ni pena, en consecuencia, en tanto que dentro de la teoría subjetiva lo que se aprecia es la voluntad criminal, idética en el supuesto de empleo de medios idóneos o inidóneos, y aun de delito consumado" (Fontán Balestra, p. 305).
93. Peñaranda Ramos, Enrique; Suárez González, Carlos y Cancio Melia, Manuel, *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Gunther Jakobs*, Grijley, Lima, 1998, pág. 17.
94. Jakobs, Gunther, "*Derecho Penal...*" (op. cit.), pp. 1-11.
95. Zaffaroni, Eugenio Raúl, "*Manual de ...*" (op. cit.), pág. 610.
96. Stratenwerth, Gunther, "*Derecho Penal ...*" (op. cit.), pág. 215.
97. Jiménez de Asúa, afirmaba que existían los siguientes supuestos: "1) *imposibilidad en los medios*: v. gr., pretender descargar el arma que está descargada o a una distancia tal que el proyectil no alcance al destinatario; o proporcionar, como si fuera veneno, una sustancia inofensiva o suministrar veneno pero en dosis no dañosa por insuficiente; 2) Imposibilidad por inidoneidad en el sujeto pasivo: v. gr. intento de aborto sobre mujer no embarazada; apuñalar un cadáver; hurtar los bienes propios; 3) imposibilidad por inexistencia de sujeto pasivo: v. gr., disparar contra un maniquí tomándolo por un hombre; falta de dinero en la caja registradora". Jiménez de Asúa, Luis, La ley y el delito, p. 387, citado por Breglia Arias, Código Penal comentado, pág. 156.

querer matar a un muerto o que aborte quien no está embarazada[98]".

Casos de inidoneidad debido a los medios empleados son ejemplificados a través del caso en el cual una persona que intenta envenenar a otra creyendo colocar veneno, cuando en realidad está colocando azúcar en una bebida. El sujeto cree estar empleando medios aptos para consumar el delito pero esta creencia es errónea[99]. Ante una notoria inidoneidad de los medios es posible hablar de tentativa inidónea, sin embargo, ¿cómo determinar la idoneidad de los medios empleados? Analizados ex post, todas las tentativas son inidóneas y todos los medios empleados han demostrado ser inidóneos para causar el resultado pretendido[100]. El determinar por lo tanto la inidoneidad de los medios no podrá provenir de un análisis realizado con posterioridad a la acción sino que tendrá que provenir de un análisis realizado sobre la racionalidad o no de la representación que ha tenido en cuenta el autor al planificar el plan delictivo. De esta manera se afirma que la acción de la enfermera que procura matar a un paciente con una aspirina permanecerá siempre impune debido a su notoria irrazonabilidad, mientras que quien dispara contra un hombre sin saber que el revólver carecía de municiones será punible debido a que la conducta, analizada por un tercero imparcial, es considerada como plenamente racional. Afirmando que el análisis debe partir del plan del autor, la jurisprudencia local "la idoneidad o inidoneidad del medio empleado debe analizarse desde la viabilidad del plan final del autor de cometer el despojo[101]". La jurisprudencia anglosajona ha determinado a favor de la punibilidad de este tipo de acciones que "constituye una imposibilidad fáctica –punible– el disparar contra una cama, en la que se suponía que estaba durmiendo una persona, con la intención de matarla cuando, en realidad, esta se encontraba durmiendo en otro lado"[102].

Los supuestos de inidoneidad en los medios también guardan una estrecha relación con lo que la doctrina ha llamado medios mágicos o supersticiosos. Estos supuestos, acerca de los que existe acuerdo general en la doctrina[103] sobre la impunidad en estos casos en que al autor utiliza medios irreales (sic). Definidas como "aquellas conductas que no presentan ya ninguna posibilidad de ser descritas de modo razonable ni contienen signo alguno de idoneidad[104]". La definición misma nos demuestra que los límites entre las tentativas inidóneas y las supersticiosas son difusos. Stratenwerth[105] considera en forma asertada que "objetivamente no existe ninguna razón para trazar un límite cortante" y que, por lo tanto, la discusión no es útil más que para producir la siguiente pregunta, "¿puede una teoría circunscrita al disvalor de la voluntad dejar de considerar ilícito el proyecto de un autor que arbitra unos medios con el fin de alcanzar el resultado a que la norma se refiere?[106]".

Las tentativas inidóneas relacionadas con el autor son definidas como[107] "Hipótesis que se presentan en los delitos especiales propios, que exigen una determinada calidad en el autor como el caso del prevaricato que conforme al art. 269 del Código Penal, solo puede ser cometido por un juez[108]". Existen posiciones encontradas, mientras que algunos autores

98. Bacigalupo, Enrique, "*Manual de ...*" (op. cit.), pág. 172. "Se presenta cuando el error del autor se vincula con el objeto sobre el que recae el delito." (Righi, p. 332).
99. Ccrim y Correc. San Martín, Sala I, abril 7-994, Giménez, Carlos T. y otra, LLBA, 1994-626. En el mismo fallo el tribunal afirmó que "el hecho que un automotor tenga corte corriente o alarma, no impide que constituya un bien mueble susceptible de apoderamiento ilegítimo, y en consecuencia no hay delito imposible ni tentativa de delito imposible por falta de objeto o de un elemento del tipo".
100. "Se presenta cuando el agente cree estar utilizando medios aptos para consumar el hecho típico." Righi, Esteban y Fernández, Alberto, "*Derecho...*" (op. cit.), pág. 333.
101. "El problema que plantea la delimitación de la tentativa inidónea respecto de tentativa idónea no es sencillo. La tentativa es inidónea cuando los medios son inidóneos, pero sucede que en todas las tentativas los medios han resultado, en definitiva, inidóneos para producir el resultado, porque de lo contrario el hecho no hubiera quedado en grado de tentativa". Zaffaroni, Eugenio Raúl, "*Manual de ...*" (op. cit.), pág. 609.
102. Ccrim y Correc. San Martín, Sala I, abril 7-994, Giménez, Carlos T. y otra, LLBA, 1994-626.
103. Hendler, Edmundo y Gullco, Hernán, *Casos de Derecho Penal comparado*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, pág. 101.
104. "Para ninguna teoría es punible el delito putativo". Welzel, Hans, "*Derecho Penal...*" (op. cit.), pág. 268. Motivos de política criminal, "por razones de político –criminales evidentes se rechaza la punibilidad de la tentativa irreal (sic) (por ejemplo intentar matar a alguien con conjuros. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, "*Derecho Penal...*" (op. cit.).
105. Folgueito, Hernan y Parenti, Pablo, "Límites del ilícito doloso: tentativa irreal y voluntad irreal de salvamento", en: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal N° 4-5*, Buenos Aires (1998).
106. Stratenwerth, Gunther, "*Derecho Penal ...*" (op. cit.), pág 216.
107. Folgueito, Hernán y Parenti, Pablo, "Límites del ilícito doloso: tentativa irreal y voluntad irreal de salvamento", en: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal N° 4-5*, Buenos Aires (1998).
108. "Un caso especial de tentativa inidónea es el caso del autor inidóneo, que se plantea cuando un sujeto sin la calificación jurídica que condiciona legalmente la calidad su calidad de autor (sic) da comienzo a la acción típica (por ejemplo, el sujeto que, en la creencia de ser funcionario, acepta una dádiva sin ser realmente funcionario)." Bacigalupo, Enrique, "*Derecho...*" (op. cit.), pág. 482.

se inclinan por la no existencia de tentativa alguna y consecuentemente por la impunidad de la acción, otros autores consideran que en estos casos nos encontramos con tentativas inidóneas que deben ser punidas[109]. En este sentido "Se ha considerado como un ejemplo de imposibilidad 'jurídica' (y por ende, no punible) el intentar sobornar a un miembro del jurado cuando la persona a la que se intentó sobornar no era, en realidad, un miembro del jurado"[110]. Consecuentemente, se afirma que "La tentativa del autor inidóneo debe ser, por lo tanto, impune y en consecuencia también habrá de serlo en aquellos casos en los que el deber especial no se fundamente en una característica del autor, sino también en un comportamiento previo de una especie determinado[111]" (sic). Las posiciones a favor de la punibilidad de estos supuestos son resumidas por Bacigalupo: "el deber especial se funda en la calidad de autor que en los delitos especiales es un verdadero elemento del tipo. Luego, se da aquí el comienzo de ejecución de una acción, suponiendo que existe un elemento del tipo que falta en la realidad, lo que debe considerarse igual que si se supusiera cualquier otro elemento del tipo: tentativa inidónea punible[112]".

d.4 Teoría de la falta de tipo

La distinción entre los diferentes supuestos de tentativas inidóneas cobra importancia al analizar la teoría de la falta de tipo. Sostenida por autores como Frank o Donha, la teoría busca limitar los casos de tentativa con la ayuda del análisis del tipo, con el fin de reducir los casos que pueden ser punidos. De esta manera no se verifican casos de tentativas punibles cuando se dan casos de medios y objetos absolutamente inidóneos. Esta teoría supone que "solo puede hablarse de tentativa cuando lo único que falte del tipo objetivo sea el resultado típico. Cuando además del resultado típico, ya desde el inicio de la acción faltan otros elementos del tipo, no habrá tentativa sino carencia de tipo[113]". En sentido contrario, Muñoz Conde, quien afirma que cuando existe una conducta del sujeto considerada objetivamente ex ante como razonable de pretender la consumación del delito, la tentativa será punible, sin importar que ex post la consumación hubiera sido imposible[114]. Zaffaroni considera que si bien "El delito puede ser imposible por varias razones, que fundamentalmente pueden ser dos: porque falta algún elemento del tipo objetivo (fundamentalmente, el objeto) o porque el medio es burdamente inidóneo para causar el resultado", en los casos en los cuales existe una inidoneidad sobre el objeto, no corresponde considerar a estos supuestos como incluidos dentro de la categoría de la tentativa inidónea[115]. Según Zaffaroni, solo existe tentativa inidónea cuando "los medios empleados por el autor son notoriamente inidóneos para causar el resultado[116]". Considera que los restantes supuestos analizados, inidoneidad en el autor y en el objeto, son casos que deben quedar enmarcados en los supuestos de ausencia de tipo y los considera como supuestos en los que, al haber ausencia de tipicidad, deben ser considerados como meros delitos imaginarios[117]. En estos casos, ya sea porque no existen elementos del tipo o porque la conducta misma no puede ser clasificada como antijurídica –debido a que la antijuridicidad solo existiría en la mente del autor– se considera que no se les podría aplicar pena.

109. Righi, Esteban y Fernández, Alberto, "*Derecho...*" (op. cit.), pág. 319 y ss. "Se plantea la cuestión de una tentativa, realizada por autor inidóneo cuando un sujeto sin la calificación jurídica que condiciona legalmente su calidad de autor da comienzo a la acción típica", Bacigalupo, Enrique, "*Manual de...*" (op. cit.), pág. 171.
110. Welzel, Das Deusche Strafrecht, p. 194; Bacigalupo, Delitos impropios de omisión, 2ª ed., 1983, p. 105 a favor de la impunidad, Jerscheck, Lehrbuch des Strafrecht, p. 433 y ss. en favor de la postura de considerar estos casos como tentativas inidóneas punibles. Citados por Bacigalupo... pág. 482.
111. Hendler, Edmundo y Gullco, Hernán, "*Casos...*" (op. cit.), pág. 101.
112. Stratenwerth, Gunther, "*Derecho Penal ...*" (op. cit.), pág. 211.
113. Bacigalupo, Enrique, "*Manual de ...*" (op. cit.), pág. 171.
114. Bacigalupo, Enrique, "*Manual de ...*" (op. cit.), pág. 173.
115. Afirma el autor español que es "irrelevante que la inidoneidad se deba a los medios (pistola descargada), al objeto (cadáver) o al sujeto (...por ejemplo malversación de fondos)". Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, "*Derecho Penal...*" (op. cit.), pág. 470.
116. "En ambos casos el delito es imposible, pero en el primero de ellos, no hay tentativa, en tanto que la hay en el segundo." Zaffaroni, Eugenio Raúl, "*Tratado...*" (op. cit.), pág. 465. "A nivel de tipicidad conglobante se revelará como única diferencia entre la tentativa útil y la tentativa inútil, la existencia de peligro para el bien jurídico en la primera y la ausencia del mismo en la segunda, aunque ambas tendrán como común fundamento para su prohibición el carácter amenazador que ambas presentan. Este carácter no desaparece, pese a la inidoneidad del medio empleado, única diferencia entre ambas formas de tentativa a nivel de tipicidad legal (por lo que también se le llama usualmente tentativa inidónea). Zaffaroni, Eugenio Raúl, "*Tratado...*" (op. cit.), pág. 466.
117. Zaffaroni, Eugenio Raúl, "*Manual de ...*" (op. cit.), pág. 609.

II) LÍMITES A LA ACCIÓN PENAL DEL ESTADO

"Una doctrina sobre la justificación externa de las prohibiciones penales es, pues, una doctrina no jurídica, sino política, modelada en torno a criterios de política criminal"[118].

En esta tercera etapa nos encontramos ya con un concepto de la tentativa inidónea. Frente a este concepto y frente a la letra de la ley es posible afirmar que existen al menos dos soluciones "teóricamente aceptables por el marco del sistema punible, y frente a las cuales no existen argumentos de peso intrasistémico para decidirse[119]". Ante la posibilidad de considerar a las tentativas inidóneas como una mera tentativa y ante la posibilidad de considerar que este tipo de conductas deben quedar fuera del ámbito penal, la solución más adecuada deberá buscarse en conceptos relacionados, entonces, con la pura política criminal. Si consideramos al Derecho como un producto cultural, creado a imagen y semejanza del hombre concreto de cada tiempo, con la finalidad de establecer formas de convivencia o de organización política, es evidente que el contenido, y por lo tanto la interpretación de las reglas que el Derecho ha de fijar, es contingente[120]. La posibilidad y la necesidad de adecuar este objeto cambiante a las necesidades y exigencias de nuestra sociedad se manifiesta en todas las ramas del ordenamiento jurídico, pero es, fundamentalmente en el ámbito del Derecho Penal, en el cual estas necesdiades se hacen más visibles. El poder penal es "la expresión más vigorosa del poder del Estado"[121] y, por consiguiente, el área en la cual es más necesario adecuar el modelo normativo a las necesidades concretas de un Derecho pensado tan solo como uno de los instrumentos con que cuenta la sociedad para convivir pacíficamente. Dentro de este saber contingente, el rol que le cabe a la dogmática no es menor. Si bien, tradicionalmente se admitía que a la misma le cabía un reducido espacio en la búsqueda de limitar, a través de la reglamentación de las garantías constitucionales e internacionales existentes, el poder penal del Estado ya que se consideraba que era fundamentalmente dentro del ámbito procesal penal[122] en el cual se debían buscar las soluciones, el papel que le cabe a la teoría general del delito es más que relevante[123].

a) Concepto material del delito

En la actualidad ya no es posible admitir que un Estado tiene la potestad de castigar cualquier tipo de conducta a través de su Derecho Penal[124]. El concepto dogmático del delito, la letra sin vida del código, esa misma que no menciona a la tentativa inidónea y que por ello no brinda una solución determinada al problema en estudio, debe ser complementado por un concepto material del delito que permita definir, precisamente, qué tipo de conductas y qué tipo de sujetos el Estado está legitimado a castigar. La dogmática, por lo tanto, debe transformarse en un "modo de interpretar el Derecho y de elaborar un método propio de la ciencia jurídica" en busca de "guiar racionalmente la decisión del juez reduciendo la eventual cuota de arbitrariedad; y esta es, precisamente, la función limitadora de la dogmática penal... la dogmática tiene la virtud de trasladar las grandes decisiones político criminales a cada caso concreto"[125].

La mera existencia de tipos penales[126] y penas previstas por el legislador "permite reconocer que el legislador presupone la existencia de un derecho del Estado a castigar. Sin embargo nada se ha afirmado

118. "Se ha pretendido –y así lo cree un sector de la doctrina– que caen dentro de las previsiones de la tentativa inidónea, casos en los que falta alguno de los elementos del tipo, como querer matar a un muerto, cometer adulterio con la propia mujer o hurtar lo cosa propia. Estos no pueden ser casos de tentativa inidónea porque son supuestos de delitos imaginarios, es decir, casos de ausencia de tipicidad". Zaffaroni, Manual..., pág. 609.
119 Ferrajoli, Luigi, "*Derecho y razón...*" (op. cit.), pág. 472.
120. Rusconi, Maximiliano, "*Sistema...*" (op. cit.), pág. 51.
121. Maier, Julio, *Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, pág. 259.
122. Maier Julio, "*Derecho...*" (op. cit.), pág. 442.
123 "El Derecho procesal penal el que se entiende de cerca con el hombre de carne y hueso." Maier, Julio, *Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, pág. 442.
124. Sobre el papel que le cabe a la dogmática actual y sobre los problemas a los que se debe enfrentar en la actualidad; Carbonell Matteu, Juan Carlos, *Derecho Penal, concepto y principios constitucionales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 235 y ss.
125 La legitimidad del Derecho Penal provendrá del modelo establecido por la Constitución y fundamentalmente de los Pactos y Tratados Internacionales (legitimidad extrínseca) y de una serie de principios específicos que inspiran y limitan la actuación del Estado provenientes del mismo instrumento jurídico punitivo (legitimidad intrínseca). Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, "*Derecho Penal...*" (op. cit.), pág. 177.
126. Binder, Alberto, *Justicia penal y Estado de Derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pág. 150. En igual sentido se manifesta Vitale: "El concepto dogmático del delito, se encuentra claramente condicionado por el concepto del delito como 'hecho merecedor de pena', es decir por razones que también son de política penal". "La dogmática penal no puede ser un instrumento ciego de aplicación de la ley sino que, por el contrario, para averiguar si un hecho es el que la ley describe, debe valerse tanto de los aportes que proporcionan las consideraciones político criminales,

aun sobre cómo tiene que estar configurada una conducta para que el Estado esté legitimado a penarla[127]". Es precisamente este concepto, previo al ordenamiento legal y basado en criterios políticocriminales, sobre el cual se debe trabajar para determinar la conveniencia o no de la punibilidad de la tentativa inidónea.

Un Estado democrático debe contar con un Derecho Penal respetuoso de los derechos y libertades fundamentales de sus habitantes, y esta obligación implica, según Ferrajoli: "la novedad histórica del estado de derecho respecto de los demás ordenamientos del pasado reside en haber incorporado, transformándolas en reglas de legitimación interna, por lo general de rango constitucional, gran parte de las fuentes de justificación externas relativas al cuándo y al cómo del ejercicio de los poderes públicos[128]". En la actualidad, por lo tanto, estas condiciones, positivizadas a través de procesos constitucionales, han tornado a las justificaciones del poder punitivo en requisitos de regularidad formal y en condiciones que definen las modalidades en las cuales se verifica la justicia sustancial del Estado[129].

Admitida la relatividad del castigo, consensuada la conciencia de que el Derecho Penal no puede ni debe abarcar todas las conductas moralmente desaprobadas por una sociedad determinada[130], ante la tajante diferenciación entre el orden moral y el jurídico, el relativismo ético y jurídico nos lleva a afirmar la exclusión de la posibilidad de criterios absolutos de justificación de la pena y a buscar construir solamente criterios que inquieran limitar el accionar del poder punitivo del Estado[131].

En este trabajo sostendré que existen, por lo menos, tres postulados que deben ser respetados para que una conducta pueda ser considera como incluida dentro de los fines que tiene una norma penal. Estos principios son la exclusiva protección de bienes jurídicos, el carácter subsidiario del Derecho Penal individual y la necesidad de aplicar el principio de lesividad para resolver el caso en cuestión.

b) Protección exclusiva de bienes jurídicos

b.1 La lesión del bien jurídico frente a la lesión al Derecho

Admitido que "no cualquier conducta puede ser controlada por el derecho penal como sistema de control social, sino que, para ello, debe –al menos– estar dirigida a afectar un bien jurídico",[132] desarrollaré el cambiante contenido y el porqué del nacimiento del concepto del bien jurídico.

La relación directa entre legitimidad del Derecho Penal y la protección de bienes jurídicos constituye un punto de referencia de la política criminal y da contenido al concepto de delito que cada sociedad desee, debiendo optar entre los paradigmas del bien jurídico o de la lesión al derecho. "Lesión al derecho" implica una concepción del Derecho, incapaz de limitar el poder punitivo del Estado, que ve en la infracción a la norma una desobediencia que debe ser castigada por el Estado por cuanto es al cuerpo social todo, y no la víctima, el que debe reaccionar ante esta desaprobación del *status quo*[133]. La ilicitud se configura, por lo tanto, como una infracción a una norma que no debe necesariamente estar relacionada con la lesión objetiva a un interés determinado[134]. Una tentativa inidónea no es una afectación a un interés de un individuo de carne y hueso sino que se transforma en una desobediencia a una norma etizante, una

como entre otras, las criminológicas". Vitale, Gustavo L. *Principio de insignificancia y error*, Publicación de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue, 1988, pág. 32 y ss.

127. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, "*Derecho Penal...*" (op. cit.), pág. 75. La legitimidad del poder punitivo, inherente al poder estatal mismo, *"se justifica por su propia existencia, es decir porque guste o no, es una realidad, una amarga necesidad con la que hay que contar para el mantenimiento de una convivencia pacífica y organizada"*.

128. Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General, Tomo I*, traducción de la 2ª Edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 51.

129. Ferrajoli, Luigi, "*Derecho y razón...*" (op. cit.), pág. 354.

130. "La especificidad del moderno estado constitucional de derecho reside precisamente en el hecho de que las condiciones de validez establecidas por sus leyes fundamentales incorporan no solo requisitos de regularidad formal, sino también condiciones de justicia sustancial." Ferrajoli, Luigi, "*Derecho y razón...*" (op. cit.), pág. 358.

131. "Todos los delitos son realmente pecados, pero no todos los pecados son delitos." Ferrajoli, Luigi, "*Derecho y razón...*" (op. cit.), pág. 461.

132. Estos límites o condiciones negativas de punibilidad no son "más que las garantías penales o sustanciales...; el principio de ofensividad, el de materialidad y el de responsabilidad personal, que respectivamente definen los tres elementos del delito: el resultado, la acción y la culpabilidad", Ferrajoli, Luigi, "*Derecho y razón...*" (op. cit.), pág. 359.

133. Vitale, Gustavo L. "*Principios de...*" (op. cit.), pág. 36.

134. "Esta reacción antiliberal contra las pretensiones acotantes del poder punitivo, que habían sido colocadas en la cima por FEUERBACH y la escuela Toscana, implicó la definitiva estatización de todos los bienes jurídicos y, a la vez, sirvió para proclamar un pretendido *ius puniendi* que

desobediencia del individuo al contrato social por el cual él mismo admitió su propia punición, una ruptura "del pacto social básico"[135], un ataque a la comunidad toda en definitiva[136]. Esta concepción supraindividual del delito, a través de la cual se concibe un interés general y una lesión también general ante cada violación de la norma, concibe necesariamente al Estado no como un administrador de conflictos entre partes, que actúa de modo subsidiario, sino que lo transforma en un celoso guardián de su Derecho. Un Derecho Penal de infracción, que no respeta el principio de lesividad, que no exige el daño para reaccionar, se transforma en un Derecho Penal máximo, en un fundamentalismo. A pesar de justificarse como un canalizador de violencias particulares, como un instrumento para evitar venganzas, no hace más que apropiarse de la posibilidad de intervenir en la totalidad de los conflictos en los que intervienen los particulares para posteriormente decidir, no racionalmente, sobre cuáles de ellos aplicará sus poderes punitivos"[137].

Una concepción que fundamenta el ilícito –y no la posibilidad de perseguir penalmente– a partir del disvalor de acción ingresa en un "mundo supersticioso de valores, voluntades, ánimos defectuosos que condenó la autoridad de la fe para instaurar la fe en la autoridad[138]". Partiendo de premisas tales como que "Lo ilícito se agota en el disvalor de acción, mientras que el resultado efectivamente producido no integra la ilicitud sino que solo puede cumplir para nuestra ley la función sistemática de condicionar la punibilidad[139]", se sostiene que ante la multiplicidad de cursos causales que puede desarrollar una conducta, luego de que el autor ha perdido el control de su accionar, el Derecho Penal solo puede exigir normativamente que "se eviten conductas, pero no meros resultados"[140] y que "El concepto sistemático de ilícito exigido por el derecho penal de culpabilidad confirma ...la necesaria eliminación del disvalor del resultado del ilícito, sea en forma de resultado efectivo, sea en forma de capacidad de resultado objetiva de la acción"[141]. Herramientas y razonamientos dogmáticos que no hacen más que configurar un Derecho Penal omnipresente e incontrastable en la realidad.

Analizada a partir de esta concepción del Derecho, que considera que "La tentativa acabada constituye el punto final y más alto de todo ilícito posible; lo demás es casualidad"[142] no es posible encontrar límite alguno para poder punir los casos de tentativas inidóneas. Partiendo de un concepto del delito absolutamente subjetivizado "se entiende al delito como lesión de la confianza pública o, más formal, como infracción a la validez fáctica de una norma" y, por lo tanto, ante la desobediencia, aplicación de la ley en forma inmediata, sin tener en cuenta las consecuencias que dicha aplicación pueda acarrear y sin tener en cuenta el carácter subsidiario que el Derecho Penal debe tener.

Opuesta a esta concepción, previa al iluminismo pero que ha recobrado fuerzas nuevamente durante este siglo, surgió la teoría del bien jurídico, producto histórico del movimiento que le dio origen, que te-

se convirtió en único bien jurídico a tutelar. En esta dinámica, la víctima queda reducida a mero signo habilitante de poder punitivo aun a expensas de su consentimiento en el hecho". Alagia, Alejandro, *El consentimiento en la dogmática penal*, trabajo inédito.

135. Explica Sancinetti, que la teoría finalista deja de centrar su análisis en la lesión a un objeto de bien jurídico, un hombre muerto por ejemplo, para determinar que "Lo decisivo es que un sujeto, un miembro de la comunidad, ha realizado una acción *con tendencia* al menoscabo del objeto del bien jurídico, expresando con ello que la vida de otro, su integridad corporal, su propiedad no le importan". Sancinetti, Marcelo, *"Subjetivismo ..."* (op. cit.), pág. 23.

136. Eser, Albin, "Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima" en: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, pág. 25.

137. Un punto importante es el rol que juega la víctima en este tipo de sistemas. Una concepción del ilícito basada no en un daño concreto produce un desplazamiento del rol de la víctima ante un interés supuestamente superior de la comunidad toda en el castigo de esta conducta disvaliosa. "De este modo, la víctima no se ve desplazada, ni de modo necesario ni de manera completa fuera de la concepción del delito; pero sí que debe ya compartir su puesto (el cual es de menor rango) con la comunidad (superior)".

138. *"a pena é um recurso conservador, para a manutenção da ordem, o restabelecimento de normas que foram rompidas e a afirmação dos valores morais de uma sociedade"*. Singer, Helena, "Direitos humanos e volupia punitiva" en: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, Universidade de Sao Paulo. (http://www.direitos humanos.usp.br).

139. Alagia, Alejandro, *"De la crítica..."* (op. cit.), pág. 179.

140. Vitale, Gustavo L. *"Principio de..."* (op. cit.), pág. 67. En idéntico sentido afirma Sancinetti que "La razón de una imputación está siempre en aquello dominable por el sujeto a quien se le formula la imputación. Y aquello que el sujeto puede dominar son sus actos... dado que los resultados son siempre producto de un sinnúmero de condiciones y que las acciones a su vez producen un número indefinido de consecuencias, el objeto de una imputación solo puede llegar hasta el último instante en que el sujeto domina su hecho. El resultado como tal, está afuera de este ámbito; él siempre contiene una dosis de azar, posterior al dominio del sujeto sobre su acto". Sancinetti, Marcelo, *"Subjetivismo ..."* (op. cit.), pág. 24.

141. Vitale, Gustavo L. *"Principio de..."* (op. cit.), pág. 70.

142. Zielinski, Diethart, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto del ilícito*, traducción de Marcelo Sancinetti, Buenos Aires, Hammurabi, 1990.

mió los excesos del poder, que temió al tándem moral-derecho pero que de modo alguno cedió el poder penal como arma de control social surge el concepto de bien jurídico como "arma contra una concepción moralizante del derecho"[143] (sic). De esta manera la doctrina del bien jurídico implica una doble restricción al poder penal del Estado. En el plano legislativo "constituye ya una garantía, al obligar a un esfuerzo de justificación en la creación de normas[144]", y en el ámbito de la aplicación de la ley, solo se considerará que existe delito bajo este nuevo paradigma en tanto y en cuanto se demuestre que se "lesiona intereses materiales de otras personas"[145], debido a que ningún otro interés tendría que ser protegido por el Derecho Penal[146]. Las perspectivas auspiciosas de esta promesa pronto se desvanecieron como analizamos anteriormente. Un pretendido concepto limitador de la persecución penal que sea definido como "todo aquello que para el legislador es valioso como condición de la vida sana de la comunidad jurídica"[147], produjo una nueva desindividualización del concepto de delito. El delito, ahora legitimado por la defensa de bienes jurídicos abstractos, ya no es lo que parece y se ha transformado en una "perturbación del ordenamiento jurídico indivisible...una vulneración al orden estatal"[148], alejándose definitivamente de la idea de una lesión al sujeto afectado en forma directa por la conducta.

b.2 Bien jurídico como limitador del poder penal

El requisito de la exclusiva protección de bienes jurídicos[149] tiene directa relación con qué tipo de conductas puede el Estado castigar penalmente y, sobre todo, con qué requisitos deben tener dichas conductas para que las mismas puedan ser enmarcadas dentro de la finalidad de la norma aplicable. Ya hemos analizado el poder del Estado de definir las conductas prohibidas, de arrogarse la posibilidad de investigar las posibles violaciones a las mismas y de castigarlas con penas en caso de que la violación se haya comprobado no es ilimitado y que la legitimación del *ius puniendi* (sic). En la actualidad, tal legitimación solo puede provenir de la precisa determinación del concepto material del delito relacionada con el cometido originario del Derecho Penal, la "protección subsidiaria de bienes jurídicos"[150] y con la noción básica de que el Estado no debe adoptar un carácter perfeccionista, reservando su poder penal solo para la protección de la moral intersubjetiva[151].

Roxin, en este sentido, afirma que el Derecho Penal solo debe limitarse a la protección de bienes jurídicos y que la preservación de la norma moral no es misión del Derecho Penal y considera que su postulado implica la necesidad de "prescindir de la penalización de comportamientos que se aparecen como inmorales ...siempre y cuando mediante tales comportamientos nadie se vea perjudicado[152]". La eliminación de meras inmoralidades, y por qué no, de meras desobediencias al Derecho, deben quedar excluidas del campo penal. Partiendo del presupuesto de que el Derecho Penal solo puede actuar en la medida que busque la efectiva protección de bienes jurídicos, es necesario determinar cuáles han de ser los contenidos y cuál ha de ser el sentido que se le dará a la palabra. El concebir al Derecho Penal como un instrumento de limitación del poder penal del Estado hace que la determinación del concepto[153] deba ser realizada teniendo en cuenta la necesidad de do-

143. Sancinetti, Marcelo, "*Subjetivismo ...*" (op. cit.), pág. 25.
144. Hassemer, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal*, traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984, pág. 37.
145. Peñaranda Ramos, Enrique; Suárez González, Carlos y Cancio Melia, Manuel, "*Consideraciones...*" (op. cit.), pág. 45.
146. Hassemer, Winfried, "*Fundamentos...*" (op. cit.), pág. 37.
147. Por una ampliación del concepto de bienes jurídicos a "bienes comunes", tales como por ejemplo las ideas religiosas del pueblo. Birmabaum, "Uber das Erforfernib einer Rechtsveletzung zum Beggrifie des Verbrechens" Archiv des Criminalrechts, 14 (1834), pp. 149 – 194. Citado por Eser.
148. Binding K., Die Normen und thre Ubertretung, t.I, 1ª edición, Leipzig, pp. 187 y ss. Citado por Eser en "Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima" en: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, pág. 35.
149. Eser, Albin, "*Sobre la exaltación...*" (op. cit.), pág. 35.
150. "Los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema". Roxin, Claus, "*Derecho...*" (op. cit.), pág. 56.
151. Roxin, Claus, "*Derecho...*" (op. cit.), pág. 51.
152. "Solo las pautas de moral pública o intersubjetiva pueden ser objeto de homologación jurídica, mientras que el perfeccionismo sostiene que es misión del Estado también hacer efectivos los ideales de excelencia humana o de virtud personal". Nino, Carlos, *Fundamentos del Derecho Constitucional*, pág. 304.
153. Roxin, Claus, "El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo", en: *Doctrina Penal, año 2*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979, pág. 508.

tarlo de un sentido que limite la posibilidad de persecución. Hassemer sostiene que "solo una teoría personalista del bien jurídico puede invocar con legitimidad una concepción liberal del Estado, es decir, una concepción que legitime la acción del Estado desde el punto de vista de la persona. Para esta teoría, los bienes jurídicos de la comunidad solo se pueden reconocer en la medida que –mediatamente– sean también intereses de la persona[154]". Contrario a esta concepción se muestra Jakobs, quien considera que el tomar como exclusivo punto de partida al bien jurídico implica la posibilidad de perseguir penalmente todo tipo de conductas que puedan llegar a ser consideradas como peligrosas. Afirma el autor de Bonn que "el autor no tiene ninguna esfera privada, ningún ámbito para una conducta todavía no socialmente relevante, sino que es sólo fuente de peligro, o con otras palabras, enemigo del bien jurídico[155]".

Considero que hoy día solo es posible hablar y conceptualizar una acción humana imputable a un individuo a partir de criterios jurídicos previamente establecidos. Lo relevante para el Derecho será solo si ha existido o no una acción riesgosa para un bien jurídico determinado. Es conveniente retomar el camino iniciado hace más de dos siglos y utilizar las posibilidades que brinda el concepto del bien jurídico. Esta oportunidad solo puede ser aprovechada a través del desarrollo de una política criminal[156] que limite y contorne la figura con precisión, evitando toda referencia a la protección de bienes jurídicos abstractos y relacionando siempre el concepto con la lesión efectiva de algún interés concreto de una persona concreta. Esta limitación se deberá complementar, básicamente, a través de la exigibilidad de la lesividad social de la conducta a ser punida y a la necesidad de que toda conducta prohibida penalmente sea derivada en forma directa de los preceptos constitucionales y a que la protección tenga en cuenta el libre desarrollo del individuo.

c) Subsidiariedad

El Derecho no puede ni debe pretender ser el único instrumento de control social existente. Por el contrario, al ser sin duda el instrumento más brutal con que cuenta el Estado, solo se debe acudir al uso del Derecho Penal cuando el mismo busque la exclusiva protección de bienes jurídicos en tanto esta actuación sea la *ultima ratio*. El pretender utilizar al Derecho Penal como una instancia ordinaria de resolución de conflictos implica desconocer la importancia de "todas las instancias motivacionales de la sociedad civil previas a la intervención punitiva, por las cuales la autoridad logra obediencia de los ciudadanos ante la ley[157]". La consecuencia inmediata de este principio es que se debe postular una descriminalización de todos aquellos terrenos en los cuales estos requisitos no se cumplan. Disvalor social, economía procesal, legitimidad del castigo e imagen del Derecho Penal en la sociedad, son temas íntimamente relacionados con este punto.

Sostiene Roxin que "La idea político-criminal de que el derecho penal deba ser fragmentario o subsidiario, es decir que sea preferible cualquier otro instrumento social de conducción eficaz al empleo del derecho penal[158]", encuentra su fundamento en el considerar "que la pena criminal es a menudo perjudicial para la posición social de quien se ve afectado, de que ella es socialmente dañina y que, por tanto, sólo hay que ampararse en ella cuando sea el único medio de evitar un mal todavía mayor[159]".

Ante un Derecho Penal que no puede enfrentar todos los posibles conflictos sociales, el hacer un uso racional de los medios disponibles –"evitar la sobrecarga del sistema y fijar un límite definitivo de las funciones que puede llegar a emprender[160]"– implica, entre otras medidas, la descriminalización de toda conducta que al menos sea lesiva o peligrosa para

154. "Hasta ahora no se ha logrado precisar el concepto bien jurídico de modo que pudiera ofrecer una delimitación jurídicamente fundada y satisfactoria de su contenido". Roxin, Claus, *"Derecho..."* (op. cit.), pág. 54.
155. Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco, *"Introducción a la Criminología y al Derecho Penal"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pág. 109.
156. Jakobs, Gunther, *Estudios de Derecho Penal*, Editorial Civitas y UAM Ediciones, Madrid, 1997, pág. 295.
157. "Aun cuando, no obstante se considere esta cuestión decidida en el sentido del postulado del bien jurídico, el rendimiento político-criminal de tal concepción depende aún del desarrollo de un concepto suficientemente explícito y expresivo de bien jurídico". Roxin, Claus, *"El desarrollo..."* (op. cit.), pág. 508.
158. Alagia, Alejandro, *"De la crítica..."* (op. cit.), pág. 187.
159. Roxin, Claus, *"El desarrollo..."* (op. cit.), pág. 510.
160. Roxin, Claus, *"El desarrollo..."* (op. cit.), pág. 510.

un individuo de carne y hueso[161]. Pero no solo razones utilitarias justifican la aplicación del principio de subsidiariedad. Es posible afirmar que debido a "La ley penal tiene el deber de prevenir los más graves costes individuales y sociales representados por estos efectos lesivos y solo ellos pueden justificar el coste de las penas y prohibiciones"[162]. De esta manera, una figura penal que no busque prevenir este tipo de conflictos no tendría justificación alguna en un Estado de Derecho y, por lo tanto, el único camino válido por seguir sería la derogación de dichas normativas.

Por último, el principio de subsidiariedad permite que el Derecho Penal procure recuperar algo de su actualmente pobre credibilidad. Sobre un Derecho Penal que permita que los casos realmente relevantes queden impunes y que simultáneamente inicie un proceso ante una tentativa inidónea, no hará más que afianzar mayormente la imagen de un Derecho seriamente cuestionado[163]. Nuevamente, porque "nada favorece tanto a la criminalidad como la penalización de cualquier injusto consistente en una nimiedad[164]", la despenalización formal o material de este tipo de conductas es imperiosa debido a que "si se extravía el conflicto como dato real de un castigo, nadie asociará el castigo a un crimen, y eso necesariamente lleva a la autoridad a una crisis de legitimación, porque no se tolerará que el gobierno descanse en el puro ejercicio de la violencia, sobre la imagen idealizada de un hombre bueno[165]".

d) El principio de lesividad

Si como afirmamos con anterioridad, debe ser tajante la separación entre el derecho y la moral, y por lo tanto existe una prohibición de penar comportamientos meramente inmorales, el campo del Derecho Penal se debe reducir a actitudes o comportamientos que en un modo grave lesionen a terceros[166]. De esta manera, la referida absoluta necesidad de las leyes penales sumada a la lesividad para terceros de los hechos prohibidos[167] "se convierten en supuestos que el Estado deberá probar cada vez que pretenda hacer uso de su poder penal".

El objetivo del Derecho Penal "debe ser prevenir ciertos estados de cosas socialmente perniciosos con prescindencia de la buena o mala voluntad de los agentes que lo generan[168]". Un ilícito deberá consistir en una acción que –analizada ex post– hubiera sido mejor evitar. Todo ilícito para ser considerado como tal ha de haber dejado el mundo un poco peor que el estado que reflejaba antes de la acción o la omisión. Sin este requisito objetivo, la respuesta del ciudadano debe ser la propuesta por Bínder, "aquí el Estado no tiene poder porque esta acción está fuera del Derecho Penal"[169]. La teoría general del delito, para afirmar que un injusto es punible, deberá demostrar que el mismo ha lesionado, o al menos, que ha puesto en peligro un bien jurídico digno de ser protegido por el Derecho Penal. El intérprete tendrá que, en su análisis, trascender del estudio de la mera conducta del

161. Comité Europeo sobre Problemas de la Criminalidad, citado por Vitale, Gustavo L. *"Principio de..."* (op. cit.), pág. 44.
162. "Si no se malgastara tanto esfuerzo en perseguir a los autores de conductas penalmente intrascendentes, la Justicia Penal podría entonces ponerse al servicio de una mejor investigación de aquellos hechos que perturban a la comunidad de una manera intolerable". Vitale, Gustavo L. *"Principio de..."* (op. cit.), pág. 45.
163. Ferrajoli, Luigi, *"Derecho y razón..."* (op. cit.), pág. 465.
164. Los ejemplos de este uso irracional del poder penal en las tentativas inidóneas abundan, Muñoz Conde, específicamente sobre el tema, afirma que deben salir del Derecho Penal "aquellos supuestos en los que no existe un mínimo de peligrosidad para el bien jurídico protegido (el autor quiere envenenar con azúcar o derribar un avión a pedradas)... con una fundamentación puramente subjetiva, no hay diferencias entre estas tentativa y las otras". El fundamento que impide una extensión de la punibilidad a este tipo de casos es que llevarían a sentir compasión o a mover a risa a la sociedad si la misma buscara imponer su poder penal. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *"Derecho Penal..."* (op. cit.).
165. Roxin, *Problemas básicos del Derecho Penal*, Reus, Madrid, 1976, p. 22.
Stratenwerth, Gunther, *Derecho Penal. Parte general, I. El hecho punible*, traducción de la segunda edición alemana (1976) de Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982, pág. 199.
166. Alagia, Alejandro, *"De la crítica..."* (op. cit.), pág. 181.
167. "El principio axiológico de la separación entre derecho y moral... veta, a su vez, la prohibición de comportamientos meramente inmorales o de estados de ánimo pervertidos, hostiles o, incluso, peligrosos. E impone, por mor de tutela (sic) de la libertad personal de conciencia y de la autonomía y relatividad moral, la tolerancia jurídica de toda actitud o comportamiento no lesivo para terceros." Ferrajoli, Luigi, *"Derecho y razón..."* (op. cit.), pág. 465.
168. "Se trata de un principio que surge ya en Aristóteles y Epicuro y que es denominador común a toda la cultura penal ilustrada." Ferrajoli, Luigi, *"Derecho y razón..."* (op. cit.), pág. 466.
169. Rusconi Maximiliano, "Sistema..." (op. cit.)

sujeto y deberá realizar un análisis objetivo de la conducta llevada a cabo. Hassemer[170] resume lo expuesto claramente "La conducta humana solo puede ser injusto punible si lesiona un bien jurídico, con esta máxima (re)aparece la víctima después de haber permanecido oculta por los principios de reprochabilidad, de antijuricidad (sic) y de referencia exclusiva a la conducta del delincuente. Como fundamento del merecimiento de castigo penal de una conducta, al legislador no puede bastarle la referencia a una vulneración de una norma ética o divina, antes bien tiene que demostrar la lesión a un bien jurídico, es decir, tiene que presentar una víctima y mostrar que a la misma le han lesionado sus bienes o intereses".

Con el principio de lesividad el Derecho Penal deja la impropia función que busca perpetuar –y por ende conservar– una identidad determinada de la sociedad. El principio nos permite acercarnos a un Derecho Penal que, además de funcionar como control del poder[171], se pretenda solo como una posible solución a los conflictos más graves[172] o como un mero redefinidor de conflictos[173].

Contra el principio de lesividad se manifiesta Sancinetti al afirmar que "Un principio de lesividad, en el sentido de que la medida de un hecho punible está dada por la medida del daño materialmente efectivamente causado por el delito sobre un objeto bien jurídico, es incorrecto"[174] (sic). Considera que la trascendencia de la conducta en el mundo real es algo no dominable por el autor del delito y que, por lo tanto, el plus del resultado no lo puede ni beneficiar ni perjudicar. Considero que, debido a que el Derecho Penal solo se puede ocupar fragmentariamente de conductas que como mínimo hayan empeorado la situación en la cual el mundo se encontraba con anterioridad a que la conducta fuera realizada, es conveniente requerir como mínimo para la intervención del Estado la dañosidad social para que, de esta manera, solo actúe el Derecho Penal en tanto y en cuanto su intervención tome en cuenta, y no sea disfuncional, para las necesidades e intereses del sistema social[175]. Ante una conducta que no ha sido socialmente dañosa o que sus efectos lesivos que ha producido el conflicto en cuestión ha trascendido el mero interés entre las partes del mismo (sic), deberá ser analizada bajo el principio del *In dubio pro libertate*, que establece que salvo que se haya demostrado con claridad que una conducta determinada ha producido un efecto socialmente dañoso, la misma debe quedar fuera de la órbita del Derecho Penal[176].

El presupuesto de lesividad cumple, entonces, una "función reductora frente a una *potentia puniendi* siempre irracional, porque así lo impone la propia Constitución y el Derecho Internacional de los derechos humanos: no se puede negar la absoluta irracionalidad infraconstitucional de pretender prohibir lo que no lesiona a nadie, porque no hay lesión, o ella es insignificante, o porque el sujeto pasivo no es víctima al consentir un riesgo o directamente un resultado lesivo[177]". Una acción no lesiva implica la violación del principio de trascendencia a terceros y, por consiguiente, una intromisión del Estado en acciones privadas protegidas por el artículo 19 de nuestra Constitución, debido a que "si una acción no causa daño alguno a un bien jurídico de un tercero o a un bien jurídico colectivo, constituye una acción privada y no puede formar parte del contenido del Derecho Penal"[178].

Sin embargo, al igual que ocurre con el concepto del bien jurídico, la labor de la jurisprudencia y de la

170. Binder, Alberto, *Justicia penal y Estado de Derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pág. 157.
171. Hassemer, Winfried, *"Fundamentos..."* (op. cit.), pág. 37 y ss.
172. "El derecho penal como derecho al control del poder, como límite al poder". Alagia, Alejandro, *"De la crítica..."* (op. cit.), pág. 179.
173. "Un Derecho Penal al servicio de la solución de los conflictos más graves, extremadamente graves. Ello solo puede lograrse si los escasos medios con que contamos para hacer frente a la *'cuestión penal'* son reservados para la investigación de aquellas conductas que, por su especial gravedad, sea más útil socialmente investigar y eventualmente penalizar, que directamente no investigar, al menos a través de un sistema de control social". Vitale, Gustavo L. *"Principio de..."* (op. cit.), pág. 15. "Instrumento de control de las conductas más insoportables". Vitale, Gustavo L. *"Principio de..."* (op. cit.), pág. 38.
174. "La justicia penal no soluciona ningún conflicto, su función consiste en 'redefinir' el conflicto en términos –en el mejor de los casos– más legítimos o más 'pacíficos' para una determinada sociedad". Binder, Alberto, *Justicia penal y Estado de Derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pág. 61.
175. Sancinetti, Marcelo, *"Subjetivismo ..."* (op. cit.), pág. 25.
176. Hassemer, Winfried, *"Fundamentos..."* (op. cit.), pág. 38.
177. Hassemer, Winfried, *"Fundamentos..."* (op. cit.), pág 39. El autor alemán da como ejemplos de conductas que no producen un daño social con certeza a los exhibicionismos, a las conductas denominadas de escándalos públicos, a los encantamientos maléficos, a quien causa la muerte de otro que ha decidido suicidarse y a todas las conductas punibles bajo el pretexto de que las mismas son contrarias a las buenas costumbres.
178. Alagia, Alejandro, *El consentimiento en la dogmática penal*, trabajo inédito.

doctrina es ardua[179], ya que el principio de lesividad no logra determinar con precisión la naturaleza ni la cuantía del daño requerido para que el Estado pueda imponer una sanción penal. El legislador y el juez cuentan, por ende, con la posibilidad y el desafío a la ciencia jurídica de demostrar y de justificar que, en el caso concreto, se ha configurado la concreta lesividad de resultado.

d.1 Exigencia de enantiotelidad

Absolutamente relacionado con el principio de lesividad se encuentra la exigencia de enantiotelidad de la conducta desarrollada por el sujeto. Una conducta no será enantiotélica, a pesar de que cause un daño, si de ella no se puede que es irrazonablemente peligrosa (sic), debiendo efectuarse la evaluación de este peligro en forma independiente de las actitudes internas del sujeto. De esta manera, aunque se verifique un disvalor de acción, la conducta no debe ser punible cuando la acción no produce la clase de riesgo o daño que el Derecho está destinado a precaver[180]. Las tentativas inidóneas brindan un ejemplo excelente de conductas que no verifican este supuesto.

Nino, proponiendo un modelo de derecho liberal, en el cual la pena solo encuentra justificación en la prevención de actos dañosos frente a terceros (y nunca frente al mismo autor de la acción), excluye la enantiotelidad ante la ausencia del daño o peligro, así como ante la concurrencia de permisiones que están contenidas en el Derecho, las cuales deben ser analizadas como cuestiones puramente objetivas, por cuanto en estos supuestos la subjetividad del autor es irrelevante[181]. Afirma Nino que si toda pena implica una amenaza frente a determinados riesgos, dicha finalidad no se extiende a otras situaciones, que si bien pueden ser encuadradas formalmente en las normativas penales, pero que en modo alguno coinciden con la finalidad de la norma. En este sentido, afirma que "el efecto disuasorio del derecho penal se funda en la asociación entre los actos que los individuos se ven inducidos a evitar y los actos que acarrean pena, lo cual implica el requisito obvio de que la primera clase coincida con la segunda. Hay que concluir que ningún acto es punible si no pertenece a la clase de los que la ley quiere prevenir a causa de su carácter dañino[182]". Es claro que una tentativa inidónea cae dentro de este tipo de conductas, que no verifican, en modo alguno, esta congruencia y que, por lo tanto, al no producirse en el caso concreto una verificación del daño realmente ocasionado a una víctima provoca "que el respecto de los individuos hacia la ley penal se reduzca, deteriorando, en última instancia, el efecto disuasor[183]" (sic).

III) Conclusiones: ¿una solución dogmática?

En resumen, las tentativas inidóneas son quizá un paradigma de cómo el Estado puede arrogarse funciones que van mucho más allá de lo que puede y debería llevar a cabo a través de su Derecho Penal. Los principios limitantes que hemos mencionado nos permiten configurar un Derecho solo al servicio de la solución de los conflictos extremadamente graves. Este objetivo solo puede ser logrado si los medios escasos con que cuentan las administraciones de justicia son reservados para la investigación de conductas que, por su extrema gravedad, sea necesario socialmente investigar y llegado el caso penalizar.

Ante una jurisprudencia nacional que ha afirmado que a diferencia de la tentativa idónea, en la cual existe un bien amenazado "que realmente ha corrido peligro, en la segunda (refiriéndose a la tentativa inidónea) solamente existió la amenaza[184]", poco cabe dudar de la configuración de estos supuestos fuera del Derecho Penal. Las tentativas inidóneas no resisten un análisis objetivo de la conducta desarrollada. Si se afirma con certeza que ya "no todo causante del hecho realiza el tipo. Y ello no se debe a razones que dependan del dolo del sujeto, sino al significado objetivo del verbo típico[185]", no debe bastar con una intención contraria a la norma para que una conducta

179. Bínder, Alberto, *Justicia penal y Estado de Derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pág. 157.
180. Sobre la ardua pero necesaria labor que debe cumplir el legislador y la judicatura. "Creo que no debe preocupar tanto el crimen como voluntad defectuosa, como estudio para establecer los principios de una teoría que normativice la tecnología estatal para reprimir el delito como único elemento legitimante: el principio de lesividad". Alagia, Alejandro, "*De la crítica...*" (op. cit.), pág. 179.
181. Principio de intersubjetividad del Derecho Penal, que establece que el mismo solo puede actuar cuando se produzca una afectación a terceros, excluye del campo penal también toda conducta autodegradante.
182. El tomar en cuenta los motivos significaría, según Nino, adentrarse en el ánimo del sujeto, labor prohibida para el Derecho Penal.
183. Nino, Carlos, *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires, 1980, pág. 306.
184. Nino, Carlos, "*Los límites...*", (op. cit.), pág. 311.
185. Crim. y Correc. San Martín, Sala I, abril 7-994, Giménez, Carlos T. y otra, LLBA, 1994-626.

pueda ser imputada penalmente. La imputación objetiva, a través de criterios de imputación normativos, debe implicar un recorte del ámbito de la responsabilidad penal. La teoría, que solo considera obras a "los hechos cuando la actuación del actor haya creado un riesgo ilícito para el objeto de la actuación, que el riesgo se haya realizado en un efecto concreto y que ...el efecto se encuentre dentro del ámbito de la norma[186]", permite excluir a los casos de tentativas inidóneas del ámbito penal. Una tentativa inidónea en ningún momento ha creado un riesgo ilícito –debido a que no existe tipo penal alguno que castigue el disparar a un muerto, por ejemplo, o colocar sal en una taza de una bebida–, no ha verificado riesgo concreto alguno en la realidad –porque por su propia naturaleza este tipo de tentativas no acarrean ningún tipo de riesgo para el titular del bien jurídico– ni puede ser enmarcada dentro de la finalidad de la norma debido a que el Derecho Penal solo puede tener como finalidad legítima, la exclusiva protección subsidiaria de bienes jurídicos individualizados. Ante un análisis del tipo deja de ser solo la realización o el comienzo de ejecución del verbo típico y pasa a ser analizado como la atribución de una consecuencia legalmente preestablecida con base en criterios normativos, ante la aplicación de criterios normativos que solo pueden ser obtenidos a partir de un contexto social determinado y a partir de concebir al Derecho como un límite al poder penal, es posible afirmar que las tentativas inidóneas no deben ingresar al campo penal, por cuanto no tiene sentido "preguntarse por la licitud de una conducta cuando ella no constituye siquiera un pragma conflictivo, como no corresponde "preguntarse lo mismo sobre algo que no es conducta[187]". El construir, a través de la dogmática, herramientas que limiten el poder punitivo del Estado, el evitar las remisiones transpersonalistas, el circunscribir el Derecho Penal por y para el hombre concreto y no para el ideal, constituye el trabajo por desarrollar.

186. Mir Puig, *Adiciones de Derecho Penal español al tratado de Derecho Penal*, Parte general de H. H. Jerschek, Barcelona, 1981, pág. 914 y ss. Citado en *"La teoría de la imputación objetiva y la normativización del tipo objetivo"*, Más Derecho?, N° 1, Buenos Aires. En prensa.

187. Roxin, Claus, "La teoría de la imputación objetiva" en: *Cuadernos de Doctrina Penal y jurisprudencia N°9-A*, Buenos Aires, pág. 301.

188. Alagia, Alejandro, *"El consentimiento..." (op. cit.)*.

LICDA. ALDA FACIO — MÁSTER RODRIGO JIMÉNEZ

La igualdad de género en el Derecho Constitucional costarricense

1. Antecedentes del cuerpo jurídico constitucional y el principio de igualdad

En la finca "La Lucha", en la cordillera central costarricense, el día 12 de marzo de 1948, don José Figueres Ferrer se levantó en armas contra el gobierno del Lic. Teodoro Picado. La Guerra Civil había comenzado. Aunque no vamos a entrar en el detalle de esa lucha, es importante mencionarla, porque ella causó un rompimiento del orden constitucional cuando el 8 de mayo, de ese mismo año, el victorioso José Figueres, Presidente de la Junta de Gobierno, derogó, excepto en los capítulos referentes a las garantías sociales, nacionales e individuales, la Constitución de 1871[1] y convocó a una Asamblea Constituyente.

Menos de un año más tarde, se aprobó la Constitución Política de Costa Rica, vigente en la actualidad. Aunque constituciones anteriores contemplaban la igualdad de todos los costarricenses, esta nueva norma fundamental incorpora cambios esenciales en la estructura estatal y las relaciones entre sus habitantes, cambios que transformaron profundamente el contenido de esa igualdad.

Veamos:

a) Se da la abolición del ejército y se prohíbe utilizar rangos castrenses, lo que hace desaparecer los privilegios del fuero militar. Esta disposición ha tenido impacto positivo en la estabilidad política del país, el mejoramiento del sistema democrático y la inversión de recursos, tradicionalmente asignados al ejército, para la salud, educación y desarrollo general de los habitantes. Respecto de la igualdad de género, elimina una de las instituciones pilares del patriarcado que ha sido utilizada para reprimir y violentar los derechos de las mujeres.
b) Se crea el Tribunal Supremo de Elecciones como un órgano constitucional. Este se establece como un "cuarto" poder de la república, que da pie al desarrollo de una legislación electoral dirigida a garantizar la pureza del sufragio. Se convierte en una instancia de administración de justicia electoral en el país, paso inicial fundamental para asegurar la igualdad en la participación política.
c) Se nacionalizan las cuentas corrientes bancarias, lo que permite la creación de una banca de desarrollo que incide directamente en la distribución de la riqueza y la igualdad de oportunidades al acceso de recursos financieros.
d) Se reconoce la igualdad de derechos entre los hijos que nacen de una unión matrimonial y aquellos que nacen fuera de esta.
e) Después de casi cuatro décadas de lucha del movimiento sufragista costarricense, por fin, en la nueva Constitución Política de 1949, se otorga la condición de ciudadana a las mujeres costarricenses y con ello el derecho a votar y ser electas.

1. La primera C.P. de Costa Rica fue promulgada en 1821, a la que le siguieron la de 1844, 1847, 1848, 1859, 1869 y la de 1871 que es la de mayor longevidad y que marcó el desarrollo constitucional hasta la C.P. de 1949, vigente en la actualidad.

Estos cambios repercutieron en reformas legales y promulgación de nuevos códigos, como el de familia y el laboral, así como en algunas leyes especiales dirigidas a ajustarse a los nuevos principios constitucionales, produciéndose así un lento mejoramiento en el estatus jurídico-formal de las mujeres. Sin embargo, este mejoramiento no ha estado exento de altibajos. Talvez porque el contenido que el Derecho Constitucional costarricense le ha dado a la igualdad entre hombres y mujeres siempre ha estado plagado de inconsistencias, arbitrariedades o francas contradicciones. Por ejemplo, es importante recordar que la igualdad jurídica ya estaba contemplada en constituciones anteriores a la de 1949[2], y aunque antes de la Constitución de 1848[3] no se estipulaba expresamente que solo los varones pudiesen votar y ser electos, las constituciones posteriores a la reformada de 1848, claramente excluyeron a las mujeres del derecho al sufragio. Es decir, antes de 1949 el derecho constitucional costarricense proclamaba la igualdad de hombres y mujeres, al mismo tiempo que establecía que las mujeres no eran ciudadanas.

Casi cuarenta años después, en 1989, una reforma del artículo 48 de la C.P. y la promulgación de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, establecen en este país el sistema concentrado de administración de justicia constitucional. Esto tiene un impacto importante en la conceptualización de la igualdad entre hombres y mujeres, ya que la Sala Constitucional empieza a desarrollar jurisprudencia sobre el tema. De nuevo, este impacto no ha sido consistente ni exento de contradicciones en cuanto al contenido que se le ha dado a la igualdad entre los géneros.

Para entender este impacto hay que tener en cuenta que el artículo 7 de la C. P.[4] establece que los tratados internacionales son superiores a las leyes y que el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional[5] otorga una igualdad jerárquica a los tratados internacionales en derechos humanos y la Constitución Política. Esto abre nuevas posibilidades al Derecho Constitucional costarricense, convirtiendo al juez constitucional en un aplicador real de normas internacionales de derechos humanos en su jurisdicción.

La nueva concepción de la jerarquía de las normas jurídicas costarricenses se ve reforzada con el voto de la Sala Constitucional número 3435-92 y su aclaración 5759-93, que otorga una fuerza normativa supraconstitucional a las normas del Derecho Internacional que impliquen mejoras para la protección y goce de los derechos humanos[6]. Es más, según el voto 282 de la Sala Constitucional, el derecho internacional de los derechos humanos no solo es supraconstitucional sino que es de aplicación inmediata[7], ya sea porque deroga una norma que compromete un derecho humano o porque contiene normas que son ejecutables:

> *"La ley de Jurisdicción Constitucional faculta a los interesados a plantear acción de inconstitucionalidad contra las disposiciones legales que se opongan a los tratados internacionales, considerando que al hacerlo violan la jerarquía de las normativa superior del segundo de conformidad con el artículo 7 de la Constitución Política, ello no obsta a que, cuando las disposiciones del tratado resulten ejecutivas y ejecutables por sí mismas sin necesidad de otras normas que las desarrollen en el derecho interno, las legales que las contradigan deben tenerse simplemente por derogadas, en virtud precisamente del rango superior de los tratados."*

Aún más, el voto de la Sala Constitucional número 2313 incide en el desarrollo del Derecho Cons-

2. Por ejemplo, la C.P. de 1844 estipula en su artículo 16: "Todos los costarricenses son iguales ante la ley, cualquiera que sea su estado y deferencia de fuerzas físicas o morales."
3. La C.P. reformada de 1848 establece expresamente que "art. 9: Son ciudadanos los Costarricenses que reúnan las cualidades siguientes: 1. Haber cumplido la edad de 21 años. 2. Ser dueño de bienes raíces en Costa Rica, que alcancen el valor libre de 30 pesos, o tener una renta anual de 150 pesos y pagar las contribuciones establecidas por ley. 3. Saber leer y escribir, pero esta calidad sólo se exigirá desde 1853 en adelante."
4. *Art. 7: "Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen autoridad superior a las leyes".*
5. Ley aprobada en 1989 que establece una Sala Constitucional. Elimina el sistema difuso de control de constitucionalidad de la ley donde cada juez(a) resolvía casuísticamente las demandas de defensa constitucional en el caso concreto. Los fallos de estos jueces(zas) no tenían carácter de erga omnes y únicamente se aplicaban al caso concreto. Al instaurar un sistema concentrado ejercido por la Sala Constitucional se crea un ente especializado en la temática donde sus fallos tienen fuerza erga omnes con excepción de la misma sala.
6. "Sobre esto debe agregarse que en tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitucional que tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución."
7. Otros países de la región que siguen el sistema supraconstitucional son: Guatemala, Nicaragua, Colombia, Brasil y Chile.

titucional costarricense al reconocer el valor vinculante de una opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

> *"... si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá –de principio– el mismo valor de la norma interpretada. No solamente valor ético o científico como algunos han entendido..."*

En este sentido, podemos decir que varios instrumentos internacionales dirigidos a garantizar la igualdad de género son parte del bloque de constitucionalidad costarricense. Algunos ejemplos de ellos son: la Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer, Ley número 1273 del 13 de marzo de 1951; la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer, misma ley anterior; Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, Ley 3877 del 3 de junio de 1967; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Ley 6969 de 2 de octubre de 1984; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Ley 7499 del 2 de mayo de 1995, etc.

Además, la nueva jerarquía otorgada a los tratados internacionales de derechos humanos y las responsabilidades adquiridas por el Estado internacionalmente, conllevaron a reformas legislativas, como por ejemplo la promulgación de la Ley de Promoción Social de la Mujer, la Ley de Hostigamiento Sexual, la Ley contra la Violencia Intrafamiliar, la Ley de Lactancia Materna, etc., así como a reformas en los códigos Penal, Laboral, de Familia, etc.

2. Primeros pasos de la reconceptualización del principio de igualdad basado en el Derecho Internacional de los derechos humanos

Si los tratados internacionales de derechos humanos tienen una jerarquía supraconstitucional en cuanto impliquen mejoras para la protección y goce de los mismos, la igualdad de género en el Derecho Constitucional costarricense debe partir de la definición del artículo 1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, conocida como CEDAW, porque es el tratado internacional que desarrolla específicamente el derecho humano a la igualdad entre hombres y mujeres. Y aunque esta definición no determina expresamente qué es esa igualdad, sí define qué debe entenderse por discriminación contra la mujer y establece que es precisamente la discriminación la que no permite a las mujeres gozar, en igualdad con los hombres, de los derechos humanos... Veamos:

> *Artículo 1: "A los efectos de la presente Convención, la expresión discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económicas, sociales, cultural y civil o en cualquier otra esfera".*

Conforme a esta definición, el acto discriminatorio podrá surgir de una acción u omisión que tenga por objeto discriminar, pero también puede surgir como resultado de una acción o inacción que se haya dado sin la intención de discriminar. Además, este nuevo concepto de igualdad establece que ese acto discriminatorio puede darse en todas las esferas de la vida y convivencia humanas, con lo que también se tutelan las acciones u omisiones que se presentan en el ámbito privado de la familia, la vida y cuerpo de las mujeres. Estos dos aspectos abren las puertas a la regulación de una serie de situaciones que antes de la existencia de la CEDAW no eran consideradas discriminantes.

Esta regulación normativa del principio de igualdad, desde una perspectiva de género, parece simple, pero su aplicación no ha sido fácil. Más bien se podría decir que, dadas las influencias del sistema patriarcal en las personas que administran justicia constitucional, el desarrollo del principio de igualdad entre mujeres y hombres ha sido consistente en su inconsistencia: las mujeres son iguales a los hombres, pero no tanto y no siempre. Es así que en el desarrollo constitucional costarricense hay decisiones que reflejan un concepto de igualdad basado en una idea de la humanidad como diversa y que, por ende, no se trata de declarar a las mujeres iguales a los hombres sino de tomar medidas para que hombres y mujeres gocen de sus derechos humanos; y hay otros

que parten de una igualdad basada en que el hombre-varón es la medida, prototipo o modelo de la humanidad, y que, por consiguiente, lo que hay que hacer es eliminar las barreras que impiden a las mujeres ser como los hombres.

Un caso que refleja este último concepto es el voto de la Sala Constitucional 3435-92, en el que se interpone un recurso de amparo contra una acción basada en el artículo 14, inciso 5) de la Constitución Política que establece que costarricenses por naturalización son: *"La mujer extranjera que al casar con costarricense pierda su nacionalidad, o manifieste su deseo de ser costarricense"* (sic).

La Sala, por medio de una interpretación hermenéutica del Derecho, utiliza el Derecho Internacional de los derechos humanos para acoger el recurso y determina la existencia de discriminación por razones de sexo. Dicho así, pareciera que la resolución de la Sala no contiene rasgos sexistas. Pero ahondando en el voto se puede determinar lo siguiente:

a) Los magistrados consideran que el artículo es contradictorio con las disposiciones de derechos humanos, porque se discrimina al hombre extranjero casado con mujer costarricense. En ningún momento señalan que la disposición es el reflejo de una sociedad sexista que discrimina a la mujer costarricense, al no permitirle otorgar a su compañero la facilidad para optar por la nacionalidad costarricense y convivir con su pareja en su país, que sí la tienen los hombres costarricenses. Es obvio que la razón de este texto normativo es la creencia patriarcal de que la mujer debe seguir al hombre donde él fije su residencia.
b) Fundamenta el voto jurídicamente en los siguientes instrumentos internacionales de derechos humanos: Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 2 y 7), Declaración Americana de los Derechos del Hombre (artículo II), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 3 y 26) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 1 y 24), ignorando totalmente la CEDAW como un instrumento internacional de fundamentación. Probablemente no se utilizó la CEDAW porque no se consideró que existiese discriminación contra las mujeres.
c) Considera que la disposición, tal y como se ha interpretado, atenta contra la unidad matrimonial, con lo que, al no hablar siquiera de la discriminación contra las mujeres, eleva esta unidad por sobre el derecho a la igualdad de las mujeres. Es más, resalta el valor que el ordenamiento interno e internacional le da al matrimonio, pero no amplía el beneficio a las personas que se encuentran en unión de hecho.

Y lo peor de todo,

d) Dispone que: "...cuando en la legislación se utilicen los términos 'hombre' o *'mujer', deberán entenderse como sinónimos del vocablo 'persona' y con ello eliminar toda posible discriminación 'legal' por razones de género, corrección que deben aplicar todos los funcionarios públicos..."*[8]

Es importante recalcar que las resoluciones de la Sala Constitucional tienen un efecto *erga omnes* de obligada vigencia y acatamiento en el ámbito nacional.

Con esta resolución, la Sala refuerza el concepto de igualdad formal, basado en un paradigma de igualdad que parte del hombre-varón. No contempla las consecuencias hasta absurdas que podría tener su disposición de borrar toda referencia a "mujer" u "hombre" en los textos legales, rompiendo así el principio de que todos somos igualmente diferentes[9].

Pero una resolución peor se da en el voto 4410-93. En este caso, una atleta interpone un recurso de amparo contra el reglamento de la carrera deportiva de la municipalidad de Heredia, que establecía diferencias en los premios recibidos por los varones (30.000.oo colones) con respecto al que recibían las mujeres (10.000.oo colones). El recurso se fundamentó en el artículo 33 de la Constitución Política que establece que "toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana[10], el artículo 1 de la CEDAW y un decreto ejecutivo que establecía la obligación de premiar por igual a hombres y mujeres en competencias de atletismo.

8. Voto 3435 de la Sala Constitucional.
9. Voto 716-98, Sala Constitucional "... tanto hombres como mujeres pueden ser 'igualmente diferentes' y que deben ser considerados igualmente valiosos..."
10. Este artículo constitucional fue reformado agregándose la segunda frase en mayo de 1968.

La Sala determina:

"...No se da precisamente una discriminación de la mujer atleta, respecto al varón. Hay, sí es cierto una premiación especial para las "damas" con una asignación menor que la reservada a la categoría "mayor". Pero si bien esto por sí mismo, no constituye trato discriminatorio en tanto que solamente reconoce que si una dama no obtiene el primer lugar en dicha categoría mayor, sí tendrá garantizado un premio especial al llegar a la meta en la categoría especial. Por otra parte aunque queda abierta la posibilidad de que la categoría mayor sea ganada por una mujer, lo cierto es que en tal previsión se reconoce que el varón tiene mayor resistencia para este tipo de competencia y que, por ello aunque no sea premio dedicado exclusivamente a él, de ordinario lo obtiene..."

Esta vez la Sala no solo desconoce el principio de que todos somos igualmente diferentes pero no por ello tendrán unos más derechos que otras, sino que hace aparecer una disposición absolutamente discriminatoria –premios menores para las mujeres– como una medida "especial" (casi como una medida correctiva o acción afirmativa) para ayudar a las mujeres que no pueden competir con los hombres en cuestiones de este tipo de resistencia.

En apartados posteriores veremos como la Sala va modificando su conceptualización de igualdad, ajustándose más a la CEDAW y al Derecho Internacional de los derechos humanos.

3. Las medidas correctivas y el principio de igualdad en el Derecho Constitucional costarricense

Las medidas correctivas son normas transitorias para supuestos particulares, a fin de acreditar una desigualdad de hecho en forma fehaciente y objetiva. Son consideradas por la sociedad como negativas y se producen en contextos especialmente escasos (listas electorales, acceso a trabajo, accesos a educación, etc.). Por lo general, perjudican a los sectores privilegiados por las estructuras de poder y, por ende, son especialmente polémicas.

El patriarcado ha desarrollado una serie de argumentos en contra de promulgar normas que establezcan medidas correctivas. Estos se señalarán a continuación, seguidos de las objeciones pertinentes:

1- *Violan el principio de igualdad* ya que crean tratos diferenciados entre diferentes grupos sociales.

No existe neutralidad e igualdad. La realidad fáctica es la desigualdad. La igualdad entre desiguales es un instrumento de conservación del *status quo* y por tanto beneficia a aquellos que por las estructuras sociales cuentan con más poder y oportunidades.

2- *Crea diferencias normativas no razonables* al favorecer a un sector de la población beneficiada que no necesita de la acción afirmativa para posesionarse en una situación de igualdad de oportunidades.

La realidad es que aunque se pueden beneficiar unas pocas personas, el beneficio mayor recae en la colectividad.

3- Quienes obtienen un puesto laboral por una norma de discriminación positiva, en realidad *no compiten en igualdad de condiciones* con aquellos que tienen mayores capacidades o méritos para obtenerlo.

Los méritos y capacidades se miden con un criterio androcéntrico, relativizado por los valores patriarcales. Las mujeres que obtienen puestos por acciones afirmativas cuentan con méritos y capacidades semejantes y con algunos que han sido socialmente invisibilizados.

4- *Tienen un resultado contrario al fin que buscan*, porque refuerzan la ideología de la desigualdad e introducen elementos proteccionistas que fortalecen las discriminaciones existentes.

Para contar con una real y verdadera igualdad de oportunidades, es fundamental valorar las diferencias y reconceptualizar el principio de igualdad. El discurso patriarcal se queda en el texto y en el ámbito formal sin ajustarse a la realidad.

5- *Son injustas*, ya que impactan a víctimas inocentes en situaciones de discriminación mayor que la de los(as) miembros(as) de la colectividad que se benefician de las acciones.

Puesto que lo que se pretende es beneficiar al colectivo, se da un sacrificio de la individualidad. Pero si las normas abarcaran todas las diferencias que causan desigualdad, el número de víctimas desaparecería.

6- *La generalización de cuotas para todos los grupos sociales*: mujeres, personas adultas mayores, personas con discapacidad, población emigrante, etc., crea una segmentación social.

Es importante recalcar el hecho de que las acciones afirmativas buscan establecer la igualdad eliminando las desigualdades de hecho. Si así fuese el caso, en hora buena que la sociedad valore las diferencias y busque eliminar los sesgos discriminantes contra cualquier población. La práctica en el área docente ha determinado que la proporcionalidad de las cuotas de representación se determina respecto de su representatividad, lo cual crea una unidad de la diversidad social.

7- Las reinvindicaciones sociales y políticas de poblaciones determinadas responden a *procesos que deben agotar etapas*. La creación de normas de discriminación positiva rompe este proceso.

La exigencia de derechos por medio de la organización política de los sectores sociales es fundamental para conquistarlos y mantenerlos. Una posición de espera viene a promover la cultura del aguante hasta tanto la sociedad no esté preparada para otorgarlos. En nuestra sociedad androcéntrica, las mujeres tendrían que esperar siglos para gozar de una verdadera igualdad de oportunidades, y mientras tanto se benefician quienes gozan de privilegios en la actualidad.

8- *Se da una inconsistencia de la idea*, ya que se culpabiliza a los hombres, los blancos o los sectores beneficiados, y se les pone a pagar por actos no cometidos por ellos.

Las medidas correctivas no son compensaciones históricas. Vienen a suprimir privilegios, no a eliminar derechos. Están dirigidas a crear sociedades más justas y pacíficas y, por ende, benefician a todos(as) los(as) miembros(as) de la humanidad (sic).

Esta posición activa en contra de la discriminación ha empezado a desarrollarse gracias al artículo 4 de la CEDAW:

> *"La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considera discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidades y trato."*

Este artículo da pie a que se desarrolle en la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, número 7142 del 2 de marzo de 1990, y en el Código Electoral[11] lo que se denominan acciones afirmativas o medidas correctivas, mal llamadas discriminación positiva[12]. Tanto la Sala Constitucional como el Tribunal Supremo de Elecciones han conocido casos dirigidos a hacer valer las medidas correctivas.

En lo que respecta a la Sala Constitucional, vamos a encontrarnos, otra vez, con la característica de las contradicciones en la aplicación de las medidas correctivas. Por ejemplo, en el voto 716-98, la Sala claramente justifica la aplicación de las mismas de la siguiente forma:

> *"De allí que tanto a nivel internacional como nacional existan regulaciones específicas tendentes a abolir determinadas formas de discriminación, aún cuando deberían serlo en virtud del principio general de igualdad. Pero tanto la Comunidad Internacional como los legisladores nacionales han considerado que, en determinados casos –como el de la mujer– se hacen necesarios instrumentos más específicos para lograr una igualdad real entre las oportunidades –de diferente índole– que socialmente se le dan a determinados colectividades. Así, en el caso específico de la mujer –que es el que aquí interesa– dada la discriminación que his-*

11. El numeral 5 de la Ley de Promoción Social de la Mujer ordena a los partidos políticos incorporar en sus estatutos mecanismos eficaces que promuevan y aseguren la participación efectiva de las mujeres en los procesos electorales. De los artículos 58, inciso n) y 60 del Código Electoral se deriva la obligación que tienen los partidos políticos de incluir en sus estatutos el mecanismo que asegure esa participación en porcentaje del 40% en la estructura partidaria.
12. Discriminación positiva y acción afirmativa son términos que crean confusión. Al hablar de acción afirmativa pareciera que se otorgan las medidas como un beneficio cuando en realidad son medidas compensatorias con respecto a la desigualdad real en que se encuentran los grupos discriminados. Discriminación positiva es un término aún más incorrecto, pues pareciera que se está aceptando la discriminación de un grupo para favorecer a otro. Las medidas correctivas no discriminan a ningún grupo, su propósito es eliminar privilegios que puedan gozar algunos grupos en razón de su sexo, color, clase, etc.

tóricamente ha sufrido y el peso cultural que esto implica, se ha hecho necesario la promulgación de normas internacionales y nacionales para reforzar el principio de igualdad y lograr que tal principio llegue a ser una realidad, de modo que haya igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en especial en cuanto al acceso a los cargos públicos de decisión política se refiere. Como ejemplo de dichos instrumentos están la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, a nivel internacional, y la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, Nº 7142, a nivel interno. La existencia de regulaciones en concreto para erradicar la discriminación contra la mujer hace patente que ello es un problema real y de tal magnitud que obliga a regulaciones específicas, ya que las generales son insuficientes, aún cuando, en definitiva, aquéllas no son más que una derivación y explicitación del contenido de las últimas. Es por ello que, entratándose de la discriminación contra la mujer, el análisis debe plantearse desde otra perspectiva, dado lo sutil que muchas veces resulta tal violación al principio de igualdad y al hecho de que, en no pocas ocasiones, forma parte del statu quo socialmente aceptado. En este orden de ideas, es preciso llamar la atención sobre el hecho de que tal discriminación no sólo se produce por una actuación positiva del Estado, sino que muchas veces es producto de una omisión, como lo es el denegar el acceso a cargos públicos a la mujer."

Como vemos, la Sala declara con lugar el recurso de amparo interpuesto estableciendo que la administración pública violó la normativa internacional y nacional al presentar solo a hombres en la elección de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. Es decir, establece que las medidas correctivas en el ámbito público no son inconstitucionales, abriéndose así las puertas a la efectiva aplicación de las medidas correctivas en el ámbito político y electoral. Con la obligatoriedad que tienen los votos de la Sala por ser *erga omnes*, establece que la administración pública debe promover el nombramiento de mujeres en equilibrio con el de los hombres en cargos públicos.

Sin embargo, en otras situaciones similares no existe una posición clara de la Sala respecto de estos mismos principios. Un ejemplo de esta discrepancia jurisprudencial es el caso de unas educadoras afiliadas al Sindicato de Trabajadores de la Educación Costarricense, quienes en tal condición fueron nombradas como delegadas por la Confederación de Trabajadores Rerum Novarum para participar en la Sesión Plenaria de la Asamblea de Trabajadores del Banco Popular que se celebró el 1º de agosto de 1998. En ella se nombrarían los representantes ante la Junta Directiva Nacional y los integrantes del Directorio Nacional de la Asamblea de Trabajadores del Banco Popular y de Desarrollo Comunal. Al momento de llevarse a cabo la elección no salió electa ninguna mujer para ocupar cargos en el Directorio ni en la Junta Directiva.

Fundamentadas en la Ley de Promoción Social de la Mujer y en el voto 716-98, las trabajadoras interpusieron recurso de amparo contra la Asamblea General del Banco Popular y de Desarrollo Comunal por actos discriminatorios en la elección de la junta directiva (folio 1). Para ello se basaron en una moción presentada por la Comisión de la Mujer en la sesión plenaria número 24 de la Asamblea de Trabajadores, realizada el 7 de marzo de 1998, la cual contó con el apoyo plenario de la Asamblea, que resolvió aplicarla en el momento en que fuera preciso. Dicha moción buscaba asegurar que en los puestos de elección se respetaría y aplicaría la cuota mínima de participación por sexo, fijada por ley en un cuarenta por ciento.

Sin embargo, señalan ellas, tal acuerdo fue incumplido por los órganos de dirección del Banco Popular en la Asamblea celebrada el primero de agosto. Añaden que la Asamblea de Trabajadores de ese banco aprobó un reglamento electoral que fijó el procedimiento para la elección de la Junta Directiva Nacional y el Directorio Nacional. Tal reglamento otorga dos posibilidades de elección: en forma nominal o por papeleta. La Asamblea optó por utilizar este último sistema, y la papeleta quedó integrada solo por hombres, discriminando de esa forma a las mujeres y desconociendo el acuerdo anterior, así como la normativa legal nacional e internacional sobre discriminación por razón de sexo. En consecuencia, consideran violado en su perjuicio el artículo 33 de la Constitución Política y la CEDAW, ratificada por Costa Rica mediante Ley número 6968 del 2 de octubre de 1984[13].

13. Voto 2166-99, Sala Constitucional de Costa Rica.

Los recurridos solicitan declarar sin lugar el recurso, con base en las siguientes argumentaciones:

1) La Confederación de Trabajadores Rerum Novarum remitió el 13 de julio de 1998 la lista de delegados propietarios y suplentes que la representarían en la Asamblea Nacional de Trabajadores y en ella figuran las recurrentes.
2) Del total de 290 delegados que integran la Asamblea General, las organizaciones de trabajadores que la conforman nombraron en conjunto a 50 mujeres, por lo que los mismos sectores, incluyendo el de las amparadas, no respetaron el 40% de la representación femenina que reclaman las actoras.
3) A la totalidad de los 290 delegados de la Asamblea de Trabajadores les asiste el derecho absoluto de elegir y ser electos en los puestos de dirección del Banco Popular, por lo que, mediante sufragio, la mayoría de delegados presentes acordó, para la Asamblea del 1° de agosto de 1998, utilizar el procedimiento de elección por papeleta. Fue la Asamblea de Delegados y no la Asamblea Nacional de Trabajadores, la que decidió utilizar dicho sistema y el modo de su conformación.
4) La mesa principal solicitó a todos los delegados que presentaran las respectivas papeletas para elegir, primero, al Directorio Nacional de la Asamblea de Trabajadores, y, después, a los cuatro miembros propietarios y suplentes de la Junta Directiva Nacional. La totalidad de los delegados presentes definió presentar solo dos papeletas para cada una de las votaciones, y solo participaron mujeres (en número de dos) en una de las dos papeletas presentadas para la elección: la que resultó perdedora.
5) Lo acordado en la XXIV Sesión Plenaria de la Asamblea de Trabajadores, celebrada el 6 de marzo de 1998, fue instar a las organizaciones que conforman cada uno de los sectores representados en la Asamblea Nacional de Trabajadores, para que, al momento de nombrar a sus delegados, lo hicieran garantizando la participación femenina en un cuarenta por ciento, considerando que si no atendieron esa solicitud, la responsabilidad es de ellos y no de su representado.

Los(as) magistrados(as) de la Sala Constitucional, con voto salvado de dos de ellos, después de determinar que las delegadas no habían sufrido discriminación y no se les había lesionado "derecho fundamental alguno", afirmaron:

"No pueden pretender las recurrentes que esta Sala anule la elección de los miembros de la Junta Directiva Nacional y Directorio Nacional, si la misma se llevó a cabo a través de un procedimiento previamente establecido y donde todos los delegados, sean hombres o mujeres, tuvieron la misma posibilidad de formar papeletas y así resultar electas. En consecuencia, el recurso debe ser declarado sin lugar".

Es obvio que esta sentencia de la Sala Constitucional costarricense se fundamenta en un concepto ya superado de la igualdad, cual es la igualdad formal y por ello rechaza la acción. En sus considerandos determinan que las mujeres gozaron de las mismas oportunidades de ser electas que sus compañeros varones, sin referirse a que en la elección solo hubo una candidata mujer, con lo cual numéricamente no tenían las mismas oportunidades de ser electas, e invisibilizando las condiciones diferentes por razones de género y las desigualdades entre hombres y mujeres que sí reconocen las normas jurídicas en que se basan las accionantes para interponer el amparo.

En cuanto al Tribunal Supremo de Elecciones, la resolución 1863 se basa en una solicitud presentada por la Directora del Instituto de la Condición de la Mujer, en la que pide se revise lo acordado por el tribunal en relación con las cuotas de participación de las mujeres en las papeletas diputadiles y municipales y en las designaciones de las asambleas de partidos políticos. El tribunal determina que la accionante no tiene legitimación para solicitar la revisión, pero que de oficio el tribunal decide resolver.

En el considerando, la Magistrada León Feoli hilvana, en forma excelente, toda una argumentación jurídica basada en normativa constitucional, tratados internacionales de derechos humanos y legislación ordinaria. Revoca el acuerdo en revisión y establece:

"El cuarenta por ciento de participación de las mujeres en las papeletas para la elección de diputados, regidores y síndicos debe ser en puestos elegibles...

El Registro Civil no inscribirá las nóminas de estos candidatos cuando no se ajusten a estos parámetros. Tampoco acreditará las reformas estatutarias ni las actas de las asambleas, cuando de éstas o del informe de los delegados de este tribunal se determine que no se cumplió con lo establecido."

Esta resolución del Tribunal Supremo de Elecciones definitivamente hace historia en los derechos políticos de las mujeres y, por ende, en el Derecho Constitucional costarricense, al dar un paso más hacia la igualdad real en el ámbito de participación política.

El tribunal reitera dicha posición en la resolución 2837, donde se solicita adición y aclaración de la resolución 1863. Determinando:

> *"La cuota del cuarenta por ciento de representación femenina en puestos elegibles es un mínimo que, como tal, puede aumentar a su favor, incrementando esa representación pero no a la inversa."*

Propone la resolución varios mecanismos para lograr su efectividad como son el de listas alternas en la conformación de papeletas, o el método histórico promedio de los resultados obtenidos en contiendas electorales en las que han participado. En el por tanto de dicha resolución, determinan que se debe entender por puesto elegible:

> *"aquél que se asigna a una persona con posibilidades reales de ser electa y ello debe ser considerado individualmente en la conformación de las papeletas de cada provincia."*

Vemos, entonces, que estas resoluciones del Tribunal Supremo de Elecciones, como el voto 716-98 de la Sala Constitucional, dan pasos sólidos para la reconceptualización de la igualdad de género basada en la CEDAW, es decir, en una igualdad sustantiva real y no en una igualdad formal ficticia. Sin embargo, la jurisprudencia contradictoria de la Sala y de los Tribunales de Justicia nos demuestra que la igualdad sustantiva todavía no ha sido completamente aceptada por el Derecho Constitucional de este país y probablemente tampoco por todos(as) los y las costarricenses.

4. Aplicación del principio de igualdad en el ámbito laboral

Las estructuras laborales, en Costa Rica, parten de un modelo de trabajo definido por la experiencia e intereses de los hombres. Para tener acceso a puestos de trabajo, mantenerlos, lograr ascensos y reconocimientos, las mujeres deben hacer todos los esfuerzos para integrarse al esquema masculino de esta estructura. El patriarcado ha creado una serie de mecanismos que obstaculizan a las trabajadoras la exigencia y demanda de necesidades y deseos propios. Este androcentrismo de las estructuras de trabajo trae como consecuencia la discriminación y segregación laboral, que se manifiesta en dos vías, las cuales tienen un impacto directo en el salario de las mujeres y, por consiguiente, en la cantidad de poder de que gozan:

1- La discriminación horizontal, donde las reclusiones femeninas en el ámbito privado, basadas en la construcción de roles y estereotipos sociales, estructuran la división sexual del trabajo. (De esta forma se asignan, por sexo, labores tradicionales: por ejemplo, docencia, enfermería, trabajo doméstico a las mujeres; mecánica, medicina, ingeniería a los hombres).
2- La discriminación vertical, que coloca a las mujeres en posiciones de subordinación y sumisión con respecto a los hombres, y desvaloriza las responsabilidades que se les asignan.

Como ya hemos señalado, el reconocimiento del principio de igualdad es el primer paso dado por el Derecho Constitucional costarricense para combatir la discriminación. El artículo 33 de la Constitución Política de Costa Rica es un ejemplo claro de esto, en tanto afirma que *"toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana"*.

El artículo 11 de la CEDAW reafirma el principio de no discriminación en la esfera labora y es reforzado y complementado por los artículos 1 y 5 del Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) acerca de la discriminación en el empleo y la ocupación, el cual fue ratificado por el Estado costarricense.

Por ende, podemos afirmar que existe suficiente normativa constitucional para asegurar el cumplimiento del principio de igualdad de género en el ámbito laboral. Sin embargo, cuando se examinan los votos de la Sala Constitucional referentes al tema vamos a encontrarnos con la misma constante citada con anterioridad. Tenemos sentencias claramente sexistas por parte de la Sala, como aquellas que incorporan la perspectiva de género y el principio de la igualdad sustantiva.

Por ejemplo, el voto 3150-94 declara sin lugar una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 104 del Código de Trabajo, por violar el artículo 33

referente al principio de igualdad, y los artículos 58 y 59 de la C.P. que establecen una jornada de ocho horas diarias y cuarenta y ocho a la semana y un día de descanso después de seis días consecutivos de trabajo, y el Convenio 111 de la OIT. El artículo cuestionado establece una jornada de doce horas diarias y medio día de descanso semanal para el servicio doméstico. Los señores magistrados declaran sin lugar la acción argumentando:

> *"La normativa cuestionada no introduce una arbitraria distinción o una desigualdad contraria a la dignidad humana, pues como se ha dicho, el servicio doméstico es una situación excepcional que como tal no puede ser igualada a otros casos como la agricultura, la industria u otros servicios, pues obviamente no se está en igualdad de circunstancias, ni existe una igualdad en el criterio de comparación, el que es un requisito esencial para poder establecer la posibilidad de circunstancias distintas."*

Obviamente, esta sentencia es un ejemplo claro de la dificultad que todavía tienen algunos magistrados para entender la naturaleza de la discriminación horizontal que sufren las mujeres en el ámbito laboral. Y decimos algunos porque como se desprende del voto salvado que transcribimos a continuación, no todos los magistrados conciben la igualdad de similar manera. Veamos:

> *"Ha de entenderse que este tratamiento "excepcional" a que se hace referencia no puede ser arbitrario y no debe, bajo ninguna circunstancia, lesionar los derechos fundamentales de los trabajadores. En primer término debemos recalcar un hecho que es evidente e indiscutible: en nuestro país un altísimo porcentaje de los llamados servidores domésticos, es decir, de aquellas personas que se dedican en forma habitual y continua a labores de aseo, cocina, asistencia y demás propias de un hogar, residencia o habitación particular, que no importen lucro o negocio para el patrono, según lo define el Código de Trabajo, son mujeres. En nuestra cultura, el trabajo doméstico, remunerado o no, ha sido y es considerado "labor de mujeres". Ahora bien, no estimamos que la naturaleza de la labor desempeñada por las servidoras domésticas sea uno de esos casos de excepción muy calificado, que amerite que se limiten sus derechos laborales. Por el contrario, parece que las disposiciones del Código de Trabajo que se refieren a las empleadas domésticas son una reacción del legislador, a tono con las percepciones de una cultura que subordina a la mujer, que se fundamenta en una concepción devaluada del trabajo doméstico que suele hacer la mujer, sea como esposa, ama de casa, empleada doméstica, etc. Es decir, se parte, en última instancia, del hecho de que la mujer que trabaja en la casa, realizando labores domésticas, realmente no trabaja, de allí que la labor que realiza no tiene porqué remunerarse. Al desvalorizarse el trabajo doméstico, realizado casi en forma exclusiva por mujeres, el legislador se creyó "legitimado" para hacer excepciones que no se justifican en una sociedad moderna, propiciándose así una doble discriminación: en razón del género y en relación con los demás trabajadores. De allí que las excepciones contenidas en los incisos c), d) y e) del artículo 104 cuestionado, son discriminatorias y violan tanto el principio de igualdad del artículo 33 de la Constitución, como el derecho a la jornada ordinaria de trabajo diurno de ocho horas diarias y el derecho al día de descanso semanal, contenidos, respectivamente, en los artículos 58 y 59 de la Constitución. Al considerar que las "excepciones" dispuestas en el artículo 104 cuestionado, lo son en razón del género de quienes desempeñan el trabajo doméstico, resultan también violatorias de lo establecido en los artículos 2 incisos d), f) y g), 4, 5 inciso a) y 11, principalmente, de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por ley número 6969 del dos de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro.*
>
> *... La discriminación apuntada resulta más evidente si examinamos el artículo 143 del Código de Trabajo, que establece cuáles trabajadores quedan excluidos de la limitación de la jornada de trabajo. Estos son: los gerentes, administradores, apoderados y todos aquellos empleados que trabajan sin fiscalización superior inmediata; los trabajadores que ocupan puestos de confianza, los agentes comisionistas y los empleados similares que no cumplen su cometido en el local del establecimiento; los que desempeñen funciones discontinuas o que requieran de su sola presencia; y las personas que realizan labores que por su indudable naturaleza no están sometidas a jornadas de trabajo. Se trata, ya sea de trabajadores que ocupan puestos de alta jerarquía, y cuentan, por ello, con beneficios que compensan la ampliación de la jornada, o de personas a las que, por la naturaleza misma de las labores que desempeñan, no les resulta necesario estar sometidas a la jornada laboral de ocho horas, por lo que sus derechos laborales no son lesionados con esta norma y en todo caso, se establece una jornada máxima de doce horas diarias, con un descanso mínimo de una hora y media. Por el contrario, para las trabajadoras domés-*

ticas, la jornada laboral regular es de doce horas, con tan sólo una hora de descanso y tal excepción no corresponde a ninguno de los supuestos del artículo 143 citado. Por el contrario, diversos factores como la índole misma del trabajo que desempeñan, los bajos salarios que reciben, y la tendencia social a desvalorizar el trabajo doméstico, ameritan que el legislador, en lugar de disminuir sus derechos laborales, aumentando la jornada laboral y disminuyendo el tiempo de descanso, los fortalezca y proteja a las trabajadoras domésticas de cualquier forma de discriminación."

Consistentes con su inconsistencia, nos vamos a encontrar sentencias donde claramente se incorpora la perspectiva de género y la igualdad real, como es el caso de los votos 4666-96 y 2648-94.

En el voto 4666-96 un grupo de policías interponen un recurso de amparo en contra de la Escuela Nacional de Policía por excluir a las mujeres en cursos de capacitación, argumentando que esta exclusión incide en las expectativas de mejoras laborales de las accionantes.

La dirección de la Escuela Nacional de Policía alega que la exclusión se debe a que no cuentan con instalaciones adecuadas para recibir a las alumnas, lo que sí sucede con respecto a los compañeros varones.

La Sala determina al respecto:

"...la discriminación alcanza a la esfera de derechos laborales de las recurrentes, pues es evidente que la exclusión que se les ha impuesto las coloca en una posición de desventaja con respecto a las oportunidades laborales de los funcionarios incorporados a los cursos: lo que ocurre es que de esta manera el sistema tiende a reproducir la desigualdad por razón del género, que la Constitución enérgicamente proscribe (así, en la cláusula general de igualdad del artículo 33)."

Otro caso es la acción de inconstitucionalidad contra el artículo 49 del Reglamento de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social. Se argumentaba que violaba el derecho a la igualdad al establecer: a) condiciones diferentes a la conviviente que se le ha muerto su compañero respecto a la viuda, b) diferencias a la mujer conviviente que no ha procreado hijos con respecto a la que sí, y c) el derecho de pensión se otorga únicamente a la mujer conviviente y no al hombre.

El voto 1569-91 de la Sala Constitucional determinó, respecto de la diferente regulación entre la viuda y la conviviente, lo siguiente:

"Así, el requisito que se exige a la conviviente que solicita el beneficio de pensión en el sentido de que para ser beneficiaria debe haber dependido económicamente del asegurado fallecido –lo que no se exige a la viuda– es discriminatorio pues no tiene ningún fundamento racional, por lo que es contrario a lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución Política y debe ser anulado del ordenamiento jurídico. En consecuencia, se anula, del párrafo primero del artículo 49 del Reglamento del Seguro de Invalidez."

Esta sentencia viene a reforzar el desarrollo normativo que reconoce iguales derechos a la unión de hecho con respecto al matrimonio, a pesar de que persisten resistencias sociales que niegan esta igualdad.

En cuanto a las diferencias que se plantean entre la conviviente que ha procreado y la que no, la Sala determinó:

"Así, el requisito de convivir cinco años en caso de no tener descendencia para ser beneficiaria de una pensión es una diferenciación que no tiene fundamento racional alguno y, por ende, resulta contrario al principio de igualdad que establece el artículo 33 de la Constitución Política."

De nuevo la sentencia desvirtúa el reglamento, que parte de una valoración de la procreación como el fin primordial de la unión de una pareja, pronunciándose a favor del socorro y ayuda mutua de la pareja como el argumento fundamental para gozar del derecho de pensión.

Por último, en lo que respecta a que el derecho únicamente se otorga a la mujer conviviente y no al hombre, la Sala determinó:

"El hecho de que esa norma no otorgue el mismo derecho al conviviente que el que otorga a la conviviente la torna inconstitucional, ya que establece una diferenciación irracional en el trato que se da a uno y otro, sin que esta Sala encuentre alguna justificación para ello. Debe entonces, entenderse que los derechos que la norma cuestionada otorga a la compañera del asegurado, también los otorga al compañero de la asegurada."

Es evidente que la Sala todavía no ha entendido que este tipo de discriminaciones también se dan contra las mujeres al no permitirles brindar a sus compañeros los mismos beneficios que otorgan los hombres a sus compañeras. Es muy posible que la razón de dicho reglamento no se deba a un afán de discriminar contra los hombres, sino más bien, a que la mujer no aporta económicamente a la institución en la misma medida que el hombre, debido a la discriminación salarial y, por ende, no se le quiera conferir derechos iguales a los de estos.

5. Aplicación del principio de igualdad en el ámbito de la salud reproductiva

En definitiva, el derecho a la igualdad en el ámbito de la sexualidad y la salud reproductiva es uno de los temas más controversiales en las sociedades tradicionalmente católicas. Peor aun si la religión del Estado, establecida constitucionalmente, es la religión Católica, Apostólica, Romana, como lo establece el artículo 75[14] de la Constitución Política de Costa Rica. No es de extrañar que las mujeres costarricenses hayan encontrado múltiples obstáculos para el goce de sus derechos reproductivos.

Sin embargo, a pesar de estos obstáculos, el movimiento por los derechos humanos de las mujeres ha dado una lucha incansable para lograr el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos en todos los ámbitos, incluido el ámbito constitucional. Veamos unos ejemplos:

En el año 1992, miembras del movimiento presentan una acción de inconstitucionalidad contra la interpretación de los artículos 5 y 12 del Decreto Ejecutivo número 18080-S que realiza el Comité de Reproducción Humana del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, en cuanto exige a la mujer el consentimiento del esposo para ser esterilizada:

> *"Interpretar ese artículo de la forma que se alega se ha venido haciendo, sin duda alguna resulta lesivo de los principios de igualdad y no discriminación, libertad, igualdad en el matrimonio, y en tal razón contrario a los principios inspiradores de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales –estos últimos en los artículos relativos a la igualdad de la mujer–, y la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer. Esa interpretación equivale, igualmente, a considerar la maternidad como una obligación de la mujer, superior a su derecho a la salud o a la vida misma."*

Es de suma importancia resaltar la prioridad que da la sentencia al derecho a la salud y a la vida misma de la mujer respecto de la maternidad. Sienta de esa manera un precedente en lo que respecta a la salud reproductiva de las mujeres y la igualdad en este aspecto. Sin embargo, se mantiene el reglamento que exige la autorización del Comité de Reproducción Humana a cualquier persona que desea una esterilización. Formalmente no hay discriminación, pero es obvio que las mujeres no pueden gozar del derecho a la esterilización en igualdad con los hombres, ya que estos, por razones biológicas, pueden hacerse la esterilización en la oficina de un doctor, mientras que las mujeres deben hacérsela en un hospital. De hecho, los hombres no necesitaban la autorización del comité, mientras que las mujeres sí.

Por eso, algunos años después, un nuevo decreto ejecutivo en cuanto a esterilizaciones, deja a libertad de las personas la decisión de esterilizarse o no, sin necesidad de autorización de una entidad pública o una asignada por el Estado. Pero en un Estado católico patriarcal, no falta quien se oponga a la igualdad y libertad en este ámbito. Así, de nuevo se interpone una acción de inconstitucionalidad, esta vez contra el decreto que deja a libertad de las personas la decisión de esterilizarse.

El accionante argumentó que el decreto era inconstitucional porque violaba los derechos a la integridad física, a la reproducción y a la vida.

La Sala, en voto 11015-00, determinó la constitucionalidad del decreto al no violar ningún derecho de los alegados por el accionante.

No se puede hablar de igualdad y salud reproductiva sin mencionar el voto de la Sala N° 2000-02306, referente a una acción de inconstitucionalidad contra el decreto 24029-S en cuanto a fecundación in

14. Artículo 75, Constitución Política de Costa Rica: "La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la del Estado, el cual contribuye a su mantenimiento, sin impedir el libre ejercicio en la República de otros cultos que no se opongan a la moral universal ni a las buenas costumbres."

vitro y transferencia de embriones. El accionante arguye la violación de los artículos 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos[15], el 6.1 de la Convención de los Derechos del Niño y el artículo 21 de la Constitución Política[16]. La técnica regulada en dicho decreto implica una elevada pérdida de embriones, por lo que la pregunta será: ¿cuándo comienza la vida humana?

La Sala Constitucional responde de la siguiente forma:

"¿Cuándo comienza la vida humana? tiene trascendental importancia en el asunto que aquí se discute, pues debe definirse desde cuándo el ser humano es sujeto de protección jurídica en nuestro ordenamiento. Existen divergencias entre los especialistas. Algunos consideran que los embriones humanos son entidades que se encuentran en un estado de su desarrollo donde no poseen más que un simple potencial de vida. Describen el desarrollo de la vida en este estadio inicial diciendo que el gameto –célula sexual o germinal llegada a la madurez, generalmente de número de cromosomas haploide, con vistas a asociarse con otra célula del mismo origen para formar un nuevo vegetal o animal– se une con uno de sexo opuesto y forma un cigoto (que después se dividirá), luego un pre-embrión (hasta el día catorce tras la fecundación) y por último, un embrión (más allá del día catorce y en el momento de la diferenciación celular). Señalan que antes de la fijación del pre-embrión éste se compone de células no diferenciadas, y que esa diferenciación celular no sucede sino después de que se ha fijado sobre la pared uterina y después de la aparición de la línea primitiva –primer esbozo del sistema nervioso–; a partir de ese momento se forman los sistemas de órganos y los órganos. Quienes sostienen esta posición afirman que no es sino hasta después del décimo a decimocuarto día posterior a la fecundación que comienza la vida, y que no está claro que un embrión humano sea un individuo único antes de ese momento. Por el contrario, otros sostienen que todo ser humano tiene un comienzo único que se produce en el momento mismo de la fecundación. Definen al embrión como la forma original del ser o la forma más joven de un ser y opinan que no existe el término pre-embrión, pues antes del embrión, en el estadio precedente, hay un espermatozoide y un óvulo. Cuando el espermatozoide fecunda al óvulo esa entidad se convierte en un cigoto y por ende en un embrión. La más importante característica de esta célula es que todo lo que le permitirá evolucionar hacia el individuo ya se encuentra en su lugar; toda la información necesaria y suficiente para definir las características de un nuevo ser humano aparecen reunidas en el encuentro de los veintitrés cromosomas del espermatozoide y los veintitrés cromosomas del ovocito. Se ha dicho que por inducción científica se tuvo conocimiento de la novedad de la "criatura única" desde hace más de cincuenta años, pero como la información escrita en la molécula ADN del cromosoma era diminuta, no fue aproximadamente hasta 1987 que esa suposición pasó a ser una realidad científicamente demostrable."

La Sala Constitucional decide:

"Se declara con lugar la acción. Se anula por inconstitucional, el Decreto Ejecutivo N° 24029-S del 3 de febrero de 1995, publicado en La Gaceta N° 45 del 3 de marzo de 1995. Esta declaratoria es retroactiva a la fecha de vigencia de la norma impugnada, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe..."

Con esta sentencia se prohíbe en Costa Rica la fecundación in vitro y transferencia de embriones.

Esta interpretación es contraria al derecho que tienen las mujeres de disponer de su propio cuerpo y hace más difícil el reconocimiento del derecho al aborto, incluso en situaciones tan graves como cuando la vida de la mujer está en riesgo o cuando es víctima de un embarazo no deseado producto de una violación.

Dos de los magistrados de la Sala Constitucional, en un voto salvado, disienten respecto a que realmente se viole el derecho a la vida:

"La Técnica de Fecundación In Vitro, en los términos en que se regula en el Decreto Ejecutivo N°24029-S, no es incompatible con el derecho a la vida ni a la dignidad humana, sino que por el contrario, constituye un instrumento que la ciencia y la técnica han concedido al ser humano para favorecerla, ya que la infertilidad, a nuestro juicio, debe ser vista como la consecuencia de un estado genuino de enfermedad,

15. "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente."
16. Art. 21: "La vida humana es inviolable."

por lo que debe ser atendida dentro de este contexto, a los efectos preventivos, diagnósticos y terapéuticos."

6. Conclusión

En definitiva, la incorporación del Derecho Internacional de los derechos humanos en el Derecho Constitucional costarricense, como normas supraconstitucionales, ha venido a reconceptualizar el principio de igualdad en el ordenamiento jurídico en sentido positivo. Estos instrumentos jurídicos han permitido sustentar recursos o acciones en la administración de justicia constitucional, dando pie a un análisis más real del principio de igualdad en diversos campos del quehacer social costarricense. Esto nos lleva a concluir que las defensoras de los derechos humanos de las mujeres cuentan con fuentes de aplicación jurídica suficientes para una buena argumentación en defensa del principio de igualdad. Quizá las principales lagunas jurídicas para hacer efectiva la igualdad de género se dan en el ámbito de la salud reproductiva, que requiere aun de mayor desarrollo y reconocimiento.

En algunos de los casos, los avances para la igualdad real en las relaciones de género han sido importantísimos, como es el caso de la aplicación de las cuotas en el ámbito político electoral, que abre las puertas a una mayor participación de las mujeres en la toma de decisiones del Estado. Por otro lado, tenemos el efecto adverso de las decisiones de la Sala, como es el caso del voto 2306-00 con respecto a la fecundación in vitro y transferencia de embriones, en el cual la jurisprudencia, de un plumazo, trata de borrar los avances logrados por la ciencia y da pasos hacia atrás en lo que respecta al derecho de las mujeres a disponer de su propio cuerpo.

Luego de 10 años de haberse realizado las últimas reformas fundamentales del Derecho Constitucional costarricense y de constatar que, a pesar de los avances también hay retrocesos, es recomendable que el movimiento de los derechos humanos de las mujeres, así como los órganos encargados de promover la igualdad entre mujeres y hombres, replanteen sus acciones, al menos en las siguientes áreas:

1- Divulgar el concepto de igualdad basado en la CEDAW y en la creencia de que todos los seres humanos somos igualmente diferentes en la sociedad en general.
2- Desarrollar esfuerzos encaminados a facilitarle a las mujeres el exigir sus derechos constitucionales en la administración de justicia.
3- Concientizar y capacitar a las personas encargadas de administrar justicia constitucional en la aplicación de los derechos humanos de las mujeres.
4- Desarrollar estrategias para la conquista de posiciones en las instancias de la administración de justicia constitucional[17].
5- Promover reformas constitucionales que refuercen la igualdad de género.
6- Diseñar propuestas curriculares para el estudio del Derecho Constitucional, con una perspectiva de género, en las facultades de Derecho, escuelas judiciales y en cualquier otro recinto educativo que enseñe Derecho Constitucional.
7- Popularizar el Derecho Constitucional costarricense, incluyendo las sentencias de la Sala Constitucional, para que todas las personas se apropien de sus derechos y obligaciones y así puedan tomar las actitudes y acciones necesarias para fortalecer una democracia basada en el respeto por los derechos humanos de todas y todos.

17. Es interesante analizar la participación de la única mujer perteneciente a la Sala Constitucional con respecto a sus compañeros.

BIBLIOGRAFÍA

Brynes, Andrew. *"El uso de las normas internacionales de derechos humanos en la interpretación constitucional para el adelanto de los derechos humanos de las mujeres", en Género y Derecho, ILANUD, Ediciones Lom, Santiago de Chile, 1999.*

Facio Montejo, Alda. *Cuando el género suena cambios trae*, ILANUD, San José, 1999.

Jiménez Sandoval, Rodrigo. *La igualdad de género en el Derecho Laboral Centroamericano*, ILANUD-OIT, San José, 2001.

Seizler, Naomi. *Sterlization, Gender and the Law in Costa Rica, ILANUD, San José, 2000.*

Villanueva Monge, Zarela y Bogantes Rodríguez, Alexandra. *Principio de igualdad y jurisprudencia constitucional", Corte Suprema de Justicia, Poder Judicial, San José, enero de 1996.*

Otras fuentes:

Código Electoral.

Constitución Política de Costa Rica de 1871.

Constitución Política de Costa Rica de 1949.

Convención de Derechos del Niño.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer.

Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Políticos de la Mujer.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Convenio 111 de la OIT.

Decreto 18080-S.

Decreto 24029-S.

Ley contra la Violencia Intrafamiliar.

Ley de Hostigamiento Sexual.

Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Ley de Lactancia Materna.

Ley de Promoción Social de la Mujer.

Reglamento de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social.

Resolución 1863 del Tribunal Supremo de Elecciones de las 9 horas 40 minutos del 23 de setiembre de 1999.

Resolución 2837 del Tribunal Supremo de Elecciones de las 9 horas del 22 de diciembre de 1999.

Voto de la Sala Constitucional 264-91 de las 14 horas 30 minutos del 6 de febrero de 1991.

Voto de la Sala Constitucional 282-90 de las 17 horas del 13 de marzo de 1990.

Voto de la Sala Constitucional 298-93 de las 9 horas 15 minutos del 25 de junio de 1993.

Voto de la Sala Constitucional 0716-98 de las 11 horas 50 minutos del 6 de febrero de 1998.

Voto de la Sala Constitucional 769-93 de las 15 horas 48 minutos del 16 de febrero de 1993.

Voto de la Sala Constitucional 1151-94 de las 15 horas 30 minutos del 1° de marzo de 1994.

Voto de la Sala Constitucional 1153-94 de las 15 horas 36 minutos del 1° de marzo de 1994.

Voto de la Sala Constitucional 1155-94 de las 15 horas 42 minutos del 1° de marzo de 1994.

Voto de la Sala Constitucional 1569-91 de las 9 horas 20 minutos del 12 de junio de 1991.

Voto de la Sala Constitucional 1975-94 de las 15 horas 39 minutos del 26 de marzo de 1994.

Voto de la Sala Constitucional 2129-94 de las 14 horas 54 minutos del 3 de mayo de 1994.

Voto de la Sala Constitucional 2199-92 de las 14 horas del 11 de agosto de 1992.

Voto de la Sala Constitucional 2306-00 de las 15 horas 20 minutos del 15 de marzo de 2000.

Voto de la Sala Constitucional 2313-95 de las 16 horas 18 minutos del 9 de mayo de 1995.

Voto de la Sala Constitucional 2648-94 de las 15 horas del 7 de junio de 1994.

Voto de la Sala Constitucional 2776-92 de las 14 horas 30 minutos del 2 de setiembre de 1992.

Voto de la Sala Constitucional 2984-93 de las 9 horas 15 minutos del 25 de junio de 1993.

Voto de la Sala Constitucional 3150-94 de las 15 horas 6 minutos del 28 de junio de 1994.

Voto de la Sala Constitucional 3316-94 de las 15 horas 15 minutos del 6 de julio de 1994.

Voto de la Sala Constitucional 3435-92 de las 16 horas 20 minutos del 11 de noviembre de 1992.

Voto de la Sala Constitucional 3639-94 de las 9 horas 18 minutos del 22 de julio de 1994.

Voto de la Sala Constitucional 4666-96 de las 10 horas 27 minutos del 6 de setiembre de 1996.

Voto de la Sala Constitucional 5759-93 de las 14 horas 20 minutos del 13 de marzo de 1993.

Voto de la Sala Constitucional 6262-94 de las 9 horas 18 minutos del 25 de octubre de 1994.

Voto de la Sala Constitucional 6798-94 de las 14 horas 51 minutos del 23 de noviembre de 1994.

Voto de la Sala Constitucional 11015-00 de las 9 horas 20 minutos del 13 de diciembre de 2000.

Voto de la Sala Constitucional 24029-00 de las 11 horas 10 minutos del 17 de marzo de 2000.

Dr. Álvaro Burgos Mata*

La juramentación previa y el delito de falso testimonio en la jurisdicción penal juvenil de Costa Rica

Introducción

Definitivamente, uno de los logros más importantes de la incorporación legislativa y jurisprudencial de la doctrina de la protección integral en materia penal juvenil, radica en la conceptualización del joven o adolescente como sujeto de derecho y no únicamente como un mero objeto del proceso que se sigue en su contra.

Sin duda alguna, este punto de partida ideológico repercutirá en el tratamiento efectivo que se le dé tanto a los aspectos procesales como sustantivos de la materia penal juvenil, en el lugar específico de donde hablemos.

El análisis de la aplicación del delito de falso testimonio es un ejemplo típico de que muchas veces los resabios de planteamientos tutelares y paternalistas, emergen directa o indirectamente en la ejecución de directrices jurídicas incoherentes con la realidad social y criminológica de nuestros días.

El presente trabajo tiene como objeto motivar al lector a cuestionar la aplicación discriminatoria, y a nuestro criterio errada, de ciertos lineamientos jurídicos conceptuales en razón de los jóvenes y adolescentes, por parte de muchos jueces y otros operadores del sistema de administración de justicia, la cual surge al mezclar criterios jurídico penales ambiguos en el campo penal juvenil, sin una verdadera política criminal especializada, para lo cual utilizaremos la jurisprudencia más reciente de los tribunales penales juveniles de Costa Rica.

I. Punto de partida conceptual

En efecto, de la concepción que tengamos acerca de la posición asignada a la participación del joven o adolescente, en cuanto enfrenta una acusación dentro de un proceso que se sigue en su contra, es que entonces las consecuencias jurídicas posteriores serán radicalmente opuestas en la medida en que lo visualicemos como un sujeto de derechos y obligaciones, o simplemente como un objeto del proceso.

Es por ello que se hace necesario mencionar, aunque sea de manera breve, dos de las teorías más importantes en cuanto a lo anteriormente expuesto: la doctrina de la situación irregular y la doctrina de la protección integral.

a. La doctrina de la situación irregular

En términos generales, podemos decir que la doctrina de la situación irregular funda su accionar en una concepción extremadamente paternalista del menor, en donde el Estado "Tutela"[1] o vigila su accionar como una especie de padre de familia, que le

---

* Encargado de la Cátedra de Criminología de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica y Juez Superior Penal Juvenil a.i. de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

1. Incluso la denominación de "Ley Tutelar de Menores" es suficientemente peyorativa y representativa de este tipo de planteamiento teórico jurídico. Véase: Burgos, Álvaro. "Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores". San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 1995.

puede castigar por su bien, sin tomar en cuenta su parecer, y que tiende a combatir el "riesgo social" incluso por medio de la cárcel, etiquetándolo las más de las veces como "delincuente" por encontrarse "abandonado"[2], y enarbolando la bandera del "interés superior del menor" como su justificación[3].

Así, en la práctica, quienes son consecuentes con esta clase de ideología, llegan a tomar al menor como un simple objeto del proceso, que se estudia, se analiza, del cual se comenta, se emiten criterios, estudios técnicos y hasta decisiones jurisdiccionales, pero a quien pocas veces, o casi nunca, se le escucha, y frecuentemente no cuenta con el resguardo de los mínimos requerimientos del debido proceso.

b. La doctrina de la protección integral

La denominada doctrina de la protección integral parte de una concepción punitivo-garantista del menor, esto es, que se le imponen obligaciones y deberes, pero también se le reconocen derechos, como lo son el contar con una asistencia legal técnica y ser juzgado en una instancia y una jurisdicción especializadas.

Se amplía aquí, además, el caleidoscopio punitivo, incorporándose tanto órdenes de orientación y supervisión, como sanciones socioeducativas[4], y la sanción privativa de libertad se establece como la "ultima ratio" de la "ultima ratio", puesto que el juez deberá acudir a ella únicamente cuando sea imposible la aplicación de otras sanciones alternativas, lo cual ocurre también en cuanto a la detención provisional como medida cautelar.

El asunto de cuál es el punto de partida conceptual sobre el que se establecerán los lineamientos del tratamiento de los menores de edad, jóvenes o adolescentes sujetos a un proceso en donde se dirime su inocencia o culpabilidad es, según nuestro concepto, de radical importancia, como posteriormente demostraremos con el ejemplo particular del delito del falso testimonio[5].

II. Minoridad e imputabilidad

Especialmente, quienes aplican la doctrina de la situación irregular, contemplan dentro del sistema tutelar a la minoridad como una seudoinimputabilidad, o una imputabilidad disminuida.

Ambos conceptos son, desde luego, distintos, y nos obligan a referirnos a un problema paralelo como lo es el de la fijación de extremos mayores y menores en torno a la minoridad.

a. Concepto de imputabilidad

El Código Penal de Costa Rica describe negativamente la imputabilidad, estableciendo en su artículo 42 quién puede ser considerado como inimputable, al señalar que: *"Es inimputable quien en el momento de la acción u omisión, no posea la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, a causa de enfermedad mental, o de grave perturbación de la conciencia sea ésta o no ocasionada por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o de sustancias enervantes"*, además, el artículo 43 del mismo cuerpo legal, al referirse a la imputabilidad disminuida, establece que: *"Se considera que actúa con imputabilidad disminuida quien, por efecto de las causas a que se refiere el artículo anterior, no posea sino incompletamente en el momento de la acción u omisión, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión"*[6].

Ahora bien, es claro que la minoridad no necesariamente es un sinónimo de inimputabilidad, puesto que perfectamente un menor de edad, sujeto a la ju-

2. Armijo, Gilbert. "Manual de Derecho Procesal Penal Juvenil". San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 1998, pág. 34.
3. Emilio García, consultor internacional de UNICEF, destaca que en nombre del "interés superior del menor" es donde se han cometido más injusticias en perjuicio de los menores de edad. Conferencia pronunciada en el marco de la celebración del 2do. año de vigencia de la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica, Hotel Amstel Amón, San José, 1999.
4. Se trata, bajo esta concepción, de eliminar los eufemismos utilizados en la concepción tutelar, por medio de los cuales se contemplaban, por ejemplo, las sanciones como "medidas", y las cárceles como "centros de detención". Véase: Tiffer, Carlos. "Ley de Justicia Penal Juvenil". Editorial Juritexto, San José, 1996, pág. 144.
5. Interesante es al respecto la posición de Javier Llobet, cuando sostiene que en su criterio principios como el interés superior del niño y el de la protección integral ya eran propios también de la situación irregular, lo cual no compartimos, en tanto esta última doctrina no garantizaba de forma real el debido proceso penal al joven o adolescente, aunque algunos pudieran suponer que eufemísticamente sí se tendía, pese a ello, a una verdadera "protección integral" del menor, pese a tenérsele solamente como un objeto y no como un sujeto del proceso. Véase: Llobet, Javier. "La Sanción Penal Juvenil y sus Alternativas en Costa Rica". Unicef-Ilanud.CE, San José, 1999, pág.5.
6. Asamblea Legislativa. "Código Penal". Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 1995, págs.27 y 28.

risdicción penal juvenil, puede contar con un desarrollo cognoscitivo y volitivo al momento de la comisión del hecho delictivo, superior que el de una persona mayor de edad, y viceversa, por lo que tendríamos que concluir que no todo menor de edad es inimputable, ni la imputabilidad disminuida es un atributo perenne de la minoridad.

b. La Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica y la minoridad

En el caso de Costa Rica, el artículo 1 de la Ley de Justicia Penal Juvenil señala que: *"Serán sujetos de esta ley todas las personas que tengan una edad comprendida entre los doce años y menos de dieciocho años al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito o contravención en el Código Penal o leyes especiales"*[7].

b.1 Extremo mayor de la minoridad

A partir de la reforma a la Ley de la Jurisdicción Tutelar de Menores, operada en Costa Rica en 1994, el extremo mayor de la minoridad se estableció en 18 años. Lo anterior se dio como producto de la adopción de lo estipulado por la Convención de los Derechos del Niño (artículo 1, Parte I) por parte del gobierno de la República de Costa Rica, la cual fue firmada y ratificada mediante la Ley N° 7184 del 18 de julio de 1990, lo que la equiparaba a un rango superior de la ley común.

b.2 Extremo menor de la minoridad

Previamente a la reforma de la Ley de la Jurisdicción Tutelar de Menores en 1994, el extremo menor de la minoridad en cuanto a la jurisdicción penal no se establecía propiamente, pero como ocurrió con el extremo superior de la minoridad, la adopción de la Convención de los Derechos del Niño en Costa Rica, hizo que el límite de los 12 años fuera el elegido.

Es obvio que no todos somos más maduros cognoscitiva y volitivamente a partir de cierta edad, por lo que la adopción de un límite inferior para la minoridad penal juvenil será, en definitiva, un asunto de política criminal de cada Estado en particular. Sin embargo, no podemos dejar pasar de lado el hecho de que en nuestros tiempos, con el desarrollo de la tecnología, el mayor bombardeo de los medios de comunicación, la invasión informática en la educación y hasta en el seno familiar, muchos menores de 12 años están perfectamente capacitados para distinguir entre el bien y el mal, y para tomar la decisión de adecuar su conducta o no al tipo penal específico de que se trate, incluyendo, por supuesto, el caso del falso testimonio.

III. El tipo penal del falso testimonio

A continuación, describiremos los aspectos más representativos del delito de falso testimonio como acción típica, jurídica y culpable, conforme al Derecho positivo[8].

a. Bien jurídico tutelado

Existe consenso mayoritario en considerar a la administración pública, y propiamente la administración de justicia como el bien jurídico tutelado[9].

b. Verbo

La acción típica o verbo, establecido en el delito de falso testimonio, conforme al Código Penal costarricense, es la de: *"...afirmar una falsedad o negar o callar la verdad..."*

Podemos afirmar, entonces, que el delito podría ser cometido tanto por acción, como por acción por omisión.

---

7. En Costa Rica, la anterior Ley Orgánica de la Jurisdicción Penal Juvenil, que estuvo vigente desde 1963, y estuvo vigente hasta 1996, cuando entró en vigencia la actual Ley de Justicia Penal Juvenil, establecía en su articulado, antes de su reforma en 1994, que la minoridad era definida conforme a lo establecido en el Código Penal, el cual establecía en su artículo 17 que el término máximo temporal de la minoridad para los efectos penales era de 17 años, a pesar de que la mayoridad civil y política se obtenía, como hasta nuestros días, hasta los 18 años de edad. Véase: Burgos, Álvaro. "Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores". Op. cit., págs. 11-18.
8. El artículo 314 del Código Penal de Costa Rica señala que: *"Será reprimido con prisión de uno a cinco años, el testigo, perito, intérprete o traductor que afirmare una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición, informe, interpretación o traducción, hecha ante autoridad competente. Si el falso testimonio fuere cometido en una causa criminal, en perjuicio del inculpado, la pena será de dos a ocho años de prisión. Las penas precedentes se aumentarán en un tercio cuando el falso testimonio sea cometido mediante soborno"*.
9. Von Liszt, citado por Francisco Castillo, señala al respecto que:"...*el Estado tiene el derecho de exigir la verdad a los ciudadanos, cuando actúa en interés del fin, atribuido por la ley, que es la Administración de justicia. El Estado está obligado a confiar en la veracidad de la deposición testimonial. Cuando ella es falsa, se pone en peligro la exactitud y la justicia de las decisiones judiciales...*" Véase: Castillo, Francisco. "El Delito de Falso Testimonio". Editorial Juricentro S.A., San José, 1982, pág. 38.

c. Elementos accesorios

c.1 De modo

La falsedad podría darse *"en todo o en parte"*.

c.2 De forma

La falsedad debe darse dentro de una *"deposición, informe, interpretación o traducción..."*

d. Agravantes

d-1 El delito de falso testimonio se puede agravar cuando el delito *se comete en un asunto penal*, pudiendo ir de 2 a 8 años de prisión.

d-2 También se puede agravar el delito aumentando la pena simple y también la agravada, y hasta por un tercio, a criterio del juez, cuando el delito sea cometido *mediante soborno*.

e. Sujeto activo

Sujeto activo del delito de falso testimonio puede serlo: "...el *testigo, perito, intérprete o traductor*..."[10].

f. Sujeto pasivo

Debe producirse la falsedad requerida por el tipo penal ante una: *"...autoridad competente..."*

IV. Análisis jurisprudencial de la aplicación del falso testimonio en materia penal juvenil en Costa Rica

A fin de ejemplificar la posición evidentemente consecuente con una ideología tutelar que mantienen muchos de los operadores del sistema de administración de justicia en cuanto al tema del delito de falso testimonio, utilizaremos un caso real que fue conocido por el Juzgado Penal Juvenil de San José, y que luego fue fallado en apelación por el Tribunal Superior Penal Juvenil.

a. Juzgado de instancia

La menor K.V.C.Z., que para el momento de los hechos contaba con 17 años de edad, fue acusada por la Fiscalía Penal Juvenil de San José, según expediente número 98-024265-042-1, como autora responsable del delito de falso testimonio, siendo que supuestamente, al encontrarse en una audiencia pública dentro de un debate señalado para el día de los hechos ante el Tribunal de Juicio de San José, en una causa en donde se acusaba al sujeto mayor de edad L.A.G.C. por el delito de robo agravado, al llamársele como testigo, faltó a la verdad en su deposición ante la autoridad competente.

La defensa pública de la menor solicitó se procediera a dictar un sobreseimiento definitivo en el asunto de marras, fundamentado en la falta de tipicidad de la acción desplegada por K.V.C.Z., y una falta de imputabilidad objetiva al no habérsele juramentado, puesto que "en razón de su edad" el Tribunal de Juicio no había procedido, como sí se hace con adultos para cumplir con el rito de la juramentación, pese a que sí se le advirtió a la menor de su deber de decir verdad.

El Juzgado Penal Juvenil de San José rechazó la solicitud de la Defensa Pública, al decir que efectivamente el delito de falso testimonio no es exclusivo en su aplicación a las personas mayores de 18 años, indicándose además que para la Ley Penal Juvenil el "requisito del juramento no es indispensable para que se pueda configurar el mismo, en el caso de los menores de edad".

La Defensa Penal Juvenil, ante el citado pronunciamiento del juzgado de instancia, procedió a interponer recurso de apelación ante el Tribunal Superior Penal Juvenil[11], considerando que el artículo 9 de la Ley de Justicia Penal Juvenil obliga a la aplicación, en casos de lagunas del derecho, tanto del Código Penal como del Código Procesal Penal de adultos, y el artículo 211 de este último cuerpo normativo, al hablar de la forma en que el testigo debe rendir su declaración, señala que: *"...el testigo será instruido acerca de sus obligaciones y de las responsabilidades por su incum-*

10. Tómese en cuenta que el delito así concebido no excluye de forma específica al menor, quien podría operar como testigo válidamente, e incluso también como intérprete, traductor, o hasta en casos poco usuales como perito.
11. Que en Costa Rica es un único tribunal que funciona unitariamente en segunda instancia para todo el país.

plimiento, prestará juramento y será interrogado...", por lo que al no cumplirse con el rito exigido por la ley procesal, entonces no podría incurrir el menor en el delito de falso testimonio, puesto que si no jura decir verdad, entonces no se le podría exigir que efectivamente así lo hiciera.

b. Tribunal Penal Juvenil

El Tribunal Penal Juvenil, por su parte, luego de atender a las partes en la vista oral, en donde se escucharon sus planteamientos, por medio del voto #338-99 de las diez horas del veintisiete de octubre de mil novecientos noventa y nueve, declaró la "ineficacia" de la resolución del a quo, indicando entre otras cosas que: "*...en nuestro país todos los delitos serán aplicables a adultos y a jóvenes, sin que se haya dado una normativa represiva distinta para estos últimos... El tipo subjetivo de este delito, exige en el agente el conocimiento de la acción emprendida y la voluntad de realizarla. El tipo objetivo exige del agente que a partir de ese conocimiento y voluntad ejecute la acción prohibida, sea afirmare una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición, hecha ante una autoridad competente. Este tipo penal ha sido integrado por vía doctrinaria y jurisprudencial en el sentido que esa falsedad –por comisión o por omisión– configura un hecho punible –conducta típica y antijurídica, no necesariamente culpable–, siempre y cuando el deponente hubiere prestado previamente y ante esa autoridad competente juramento de decir verdad y ha sido además suficientemente advertido de sus formas de comisión y de las penas con que se sanciona. De tal suerte, a partir de este tipo penal que exige para su tipicidad ese jurameno y apercibimiento previo, deviene en atípica la declaración ayuna de esos elementos. Como acertadamente apunta el impugnante, devendría en atípica como falso testimonio la deposición prestada sin juramento previo, y además violatoria del debido proceso por incumplimiento de esa ordenanza procedimental. A partir de lo expuesto se tiene que sin ese previo juramento no hay delito, indistintamente que además se configure una violación al debido proceso. La argumentación del juzgador de instancia extraña lo anterior, y además se finca, en doctrina válida pero no vigente, porque es aplicable a latitudes donde los menores no sean sujetos de derecho represivo, pero carente de vigencia en nuestro país donde sí son imputables represivamente. Es en razón de lo expuesto que necesariamente el tribunal arriba a la conclusión de que la resolución recurrida adolece de grave vicio de fundamentación en un tema de derecho que es columna vertebral de la discusión que plantea la Defensa Pública. Por ello es que se declara inválida e ineficaz. Remítanse los autos al Juez de instancia a efecto de que proceda a resolver conforme a derecho la citada gestión...*" (sic).

Posteriormente, el Juzgado Penal Juvenil de San José, por auto de las nueve horas del diez de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, dictó una sentencia de sobreseimiento definitivo a favor de la menor K.C.Z. por el supuesto delito de falso testimonio que se le atribuía, al concluir que el juramento era parte de los requisitos de la acción típica y antijurídica del delito acusado, y que no podría por ello devenir en culpable tampoco su accionar si no se le había juramentado. Sin embargo, el juez de instancia, en dicha sentencia, parte de la idea equivocada de que por su edad no se debe juramentar a los menores de edad.

V. Conclusiones

Todavía en nuestros sistemas de Derecho, aun en aquellos que claman ser verdaderamente punitivo-garantistas, existen resabios de la doctrina de la situación irregular en las mentes de los operadores del sistema de administración de justicia.

Admitir, como lo hacía hasta hace poco el Juzgado Penal Juvenil de San José, que a los menores por su condición no se les debe juramentar, nos llevaría a concluir que nunca un menor podría ser objeto de persecución por un delito de falso testimonio, pese a que haya llegado a mentir absoluta y deliberadamente ante una autoridad competente, y que con su acción delictiva hubiera producido incluso la condena de un inocente.

Lo anterior no puede ser de recibo, puesto que la edad cronológica nunca ha de ser un parámetro inequívoco de la capacidad volitiva y congnoscitiva de un ser humano, y no todos somos igualmente incapaces antes de los 12 años, ni somos mucho más maduros automáticamente al arribar a los 18 años, o al adquirir nuestros derechos civiles y políticos simplemente por contar con la edad requerida según la ley. Así tampoco podríamos admitir el doble discurso que, por un lado, fija los términos cronológicos de aplicación de la Ley Penal Juvenil en Costa Rica entre los 12 y los 18 años, y que es capaz de llegar a imponerle a un menor hasta 10 años de prisión si se encuentra en el grupo etario de 12 a 15 años, o hasta 15 años de prisión si se ubica entre los 15 y los 18 años de edad, pero que luego, parte de la premisa ab-

solutamente incoherente y paternalista de que los menores de edad no comprenderán la magnitud del ilícito del falso testimonio y, entonces, tampoco podrán adecuar su conducta típicamente, en la medida en que no pueden ser juramentados, porque tradicionalmente se ha entendido que no tienen suficiente capacidad para hacerlo.

Ni es cierto que un joven o adolescente, sujeto de derechos pero también de responsabilidades penales conforme a la Ley de Justicia Penal Juvenil, no pueda entender en ningún caso la magnitud del falso testimonio que está cometiendo ante una autoridad competente que le juramenta, es decir, le pregunta si está consciente de la trascendencia de su deposición, y le advierte cuáles pueden ser las consecuencias jurídicas y penales de su eventual accionar delictivo.

Evidentemente, falta mucho terreno por recorrer hasta el pleno desarrollo de una política criminal penal juvenil, en donde la doctrina de la protección integral sea absolutamente efectiva en nuestros países, pero afortunadamente, por lo menos en cuanto al delito de falso testimonio, luego de este primer caso en que se ventiló tal discusión jurídica y doctrinal, somos creyentes de que se ha avanzado un paso, que aunque pareciera pequeño a simple vista, la verdad es que ha tomado varias décadas de esfuerzo para poder emerger a la vida jurisprudencial en Costa Rica.

VI. Bibliografía

Armijo, Gílbert. *Manual de Derecho Procesal Penal Juvenil.* San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 1998.

Asamblea Legislativa. *Código Penal.* Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 1995.

Burgos, Álvaro. *Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores.* San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 1995.

Castillo, Francisco. *El delito de falso testimonio.* Editorial Juricentro S.A., San José, 1982.

García, Emilio. Conferencia pronunciada en el marco de la celebración del 2do. año de vigencia de la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica, Hotel Amstel Amón, San José, 1999.

Llobet, Javier. *La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica.* UNICEF-ILANUD.CE, San José, 1999.

Tiffer, Carlos. *Ley de Justicia Penal Juvenil.* Editorial Juritexto, San José, 1996.

MSc. Carlos Alberto Jovel Sánchez*

El documento electrónico y la firma digital al servicio de la administración de justicia

Introducción

¿Qué tienen en común una de las tantas municipalidades que hay en Colombia, el Children's Hospital de Miami, un cibertribunal peruano, la bolsa de valores de New York (NYSE) o las elecciones locales recientemente realizadas en un pueblo Alemán?

En todos estos lugares se ha estado empleando el documento electrónico y la tecnología de la firma digital, para garantizar su seguridad en lo que a integridad de contenido y autenticidad en el origen se refiere.

Antes del gran invento de Gutenberg[1], nuestra sociedad era predominantemente oral, es decir, la información transcurría de un lugar a otro, de una persona a otra en forma verbal. Antes de este momento histórico, sabemos que ya existía el papel, invento indiscutiblemente chino, que algunos ubican en el año 105 d.C., pero otros lo sitúan a finales de la dinastía Chou en el 236 a. C., cuando ya se escribía con tinta de hollín o negro de humo, sobre tiras de bambú o madera. El comienzo de la imprenta de molde también puede atribuirse a este pueblo oriental, de hecho fue en la dinastía T'ang (616-906 d.C.) cuando la imprenta tuvo su nacimiento[2]. Más atrás en el tiempo, recordemos que los egipcios usaban el papiro para imprimir en él sus ideas, los escribas eran sumamente importantes en dicha sociedad.

Lo cierto es que la conjugación del papel con las técnicas de impresión masiva originaron un cambio dramático en la forma de transmisión de la información y la generación del conocimiento, la sociedad que existía, predominantemente verbal, se transformó rápida e ineludiblemente en una sociedad escrita, cuya vigencia, en estos tiempos, está a punto de caducar.

En efecto, a pesar de los sólidos e indiscutibles avances de la sociedad de la información escrita, la misma ha generado, a lo largo de las últimas centurias, una acumulación de miles de billones de toneladas de papel, el cual ha sido fabricado con el sacrificio de millones de hectáreas de bosque, acarreando un notable deterioro del ambiente en el mundo. Para nadie es un secreto que los cambios globales del clima (calentamiento por gases, de efecto invernadero), el hoyo en la capa de ozono sobre la Antártida y otros fenómenos funestos para la vida humana, como el declive progresivo de miles de especies de animales y plantas, tienen una relación muy marcada con el daño ambiental.

Con el advenimiento de la computadora y los procesadores de silicio (proceso al cual no he de refe-

---

* Juez Penal de Turno Extraordinario.

1. GUTENBERG, Johannes Gensfleich, impresor alemán (nacido en Maguncia entre 1397 y 1400-id. 1468). Hacia 1440, perfeccionó en Estrasburgo el proceso de impresión con caracteres móviles, o tipografía. En 1448 volvió a Maguncia, y en 1450 se asoció con J. Fust e imprimió la Biblia latina a dos columnas, llamada «de cuarenta y dos líneas», publicada en 1455. © El Pequeño Larousse Interactivo, 1999.
2. CARTER, Thomas, *El papel y la imprenta de molde de China a Europa*, en: La comunicación en la historia, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1ª edición, 1997, p. 127.

rirme por no ser este el punto central del estudio) y la invención de programas con la capacidad de manejar millones de datos, se ha producido una aceleración a nivel exponencial, de la posibilidad de generar, transmitir, asimilar y resumir información que vendrá a generar conocimiento.

En la época actual se han venido a conjugar una serie de factores que están produciendo grandes cambios sociales, cristalizando un proceso que, como veremos más adelante, se generó hace unas 3 ó 4 décadas; la humanidad ha entrado en una nueva etapa de su historia que los expertos denominan "sociedad de la información".

Dos herramientas fundamentales para sobrevivir, luchar, competir y desarrollarse en este nuevo esquema, están representadas por el documento electrónico y la firma digital. Trataremos de dilucidar en este estudio qué es necesario para que la administración de justicia en Costa Rica tome ventaja de ellas y las utilice en forma provechosa.

Hace 13 años (1988), en el Juzgado Cuarto de Instrucción de San José, donde el autor de este artículo laboraba como actuario, se puso en prueba un programa diseñado por la empresa Juriscomputación S.A., denominado Penalex, el cual buscaba facilitar el manejo de las causas penales y la generación de reportes estadísticos, y aun pocos meses antes de esta fecha, ya se habían generado las primeras resoluciones judiciales de Costa Rica en formato de documento electrónico, empleando un equipo sencillo: PC de 4,5 Mhz, disco duro de 20 Mb, unidad de disquete de 5 1/4 y una impresora de matriz de punto, equipo adquirido con los recursos obtenidos de un préstamo de Coopejudicial solicitado por parte del juez de la época y el autor de este estudio. Los buenos resultados de la implementación de esta tecnología en la administración de justicia fueron palpables e indiscutibles, reflejándose en el bajo circulante que en aquellos años manejaba dicho despacho (uno de los mejores del país), esto debido a que el ahorro de tiempo en horas hombre fue notorio, el personal auxiliar ya no tenía que ocuparse de transcribir las resoluciones que el juez o el actuario escribían anteriormente en borrador, porque ahora se emitían las resoluciones originales y corregidas desde el primer momento y los administradores de justicia, al momento de resolver nuevamente algún aspecto relacionado con un sumario determinado, recuperaban en su pantalla la resolución dictada y la prueba ordenada, ahorrándose mucho tiempo al no tener que estudiar nuevamente el expediente para determinar cuál era la situación concreta del caso y la razón por la que se había solicitado alguna prueba o dispuesto la realización de alguna diligencia probatoria. Lo cierto es que en aquella época, lamentablemente, no se contó con el apoyo institucional necesario para avanzar más rápido y en forma sostenida, en esta carrera hacia el mejoramiento de la gestión judicial informatizada, ya que el conocimiento sobre los posibles beneficios que traerían dichos instrumentos a la administración de justicia era prácticamente inexistente, motivado por una actitud renuente en cuanto al empleo de herramientas novedosas.

Hoy, dichosamente, el viento sopla en otra dirección y el Poder Judicial costarricense ha caído en la cuenta de que debe informatizarse, pero no solo como lo ha hecho en la última década, en lo que a la gestión administrativa se refiere, sino también en lo que respecta a la administración de justicia, su principal labor encomendada por nuestra Constitución Política.

Es digno de reconocer el esfuerzo humano y presupuestario que se lleva a cabo en este momento para lograr avances sólidos, concretos y duraderos; ejemplo preciso es la implantación del modelo Seintex, gracias al convenio Corte-BID, el cual, aunque todavía no ha logrado alzar vuelo, se encuentra en su fase de implementación, por lo que promete grandes beneficios una vez que esté operando totalmente, en especial si se llega a conjugar todo su potencial con herramientas como la firma digital.

Analizaremos, a continuación, algunos conceptos básicos e importantes para determinar si Costa Rica ya ha dado cabida al documento electrónico en su ordenamiento jurídico y cuál es el papel de la firma digital en este proceso.

El objetivo primordial de este estudio es determinar hasta dónde es posible afirmar que el documento electrónico ya se encuentra siendo utilizado por nosotros, y cuáles son las nociones básicas de firma digital, sociedad de la información, etc.

Lo que se pretende es aportar un granito de arena en esta carrera hacia el mejoramiento de la administración de justicia, todo con el fin de lograr brindar

un mejor servicio al "administrado", nuestra razón de ser.

Las decisiones efectivas son las que se toman en el menor tiempo, para ello es imprescindible tener información exacta, completa y oportuna, y así se habrá actuado en forma eficaz.

LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Alain Touraine y Daniel Bell, sociólogo francés el primero y norteamericano el segundo, fueron los que dieron origen al término "Sociedad de la Información", aunque con el nombre de "Sociedad Postindustrial", publicando obras al respecto en 1969 y 1973, en las que se explicaba que dicha sociedad era "una estación término de una evolución de la industria, que se vio acompañada de transformaciones sociales específicas".

Más adelante, en la década de los setenta, Marc Porat (The Information Economy, 1973), Victor Fuchs (The Growing Importance of the Service Industries), permitieron a los investigadores concluir que el continuo crecimiento del sector "servicios" había rebasado en dimensiones a los otros sectores tradicionales (agropecuario e industrial) y ello representó la base empírica que habría de sustentar los planteamientos de la sociedad informatizada. Zbigniew Brzezinsky (La era tecnotrónica, 1970) afirmó que en la sociedad tecnotrónica la mano de obra industrial se traslada a los servicios, y la automatización y la cibernética reemplazan a los individuos que manejan a las máquinas.

El informe Nora y Minc[3] 1976, financiado por el gobierno francés, llegó a concluir que: "a largo plazo, la informática será para bien o para mal, un ingrediente fundamental del equilibrio entre la autoridad del Estado y la libertad de la sociedad. De esta última depende el futuro de la democracia".

En 1978, James Martin (The Wired Society) se refirió a las "nuevas autopistas, las autopistas electrónicas" y presentó la utopía de la "ciudad virtual", prestándole gran atención a los medios de masas y a la televisión.

En 1980, Yonehi Mashuda (The Information Society as a Post-Industrial Society) tuvo el acierto de prever que la computadora se aplicaría en una gama muy amplia de necesidades sociales y predijo la creación de una red del conocimiento.

También tiene una remarcada influencia en el desarrollo del concepto objeto de análisis, la obra de Alvin Toffler (La tercera ola) y, por supuesto, la obra póstuma de Marshall McLuhan, denominada "La aldea global" (The Global Village).

El aporte de la década de los ochenta, en este proceso creativo, consistió en el lanzamiento de la PC de IBM y el surgimiento de programas populares de gran aplicación personal o empresarial.

En los noventa el informe de Al Gore sobre la National Information Infrastructure (NII), marca el inicio de un intenso debate cultural, tecnológico e intelectual, sobre la actual sociedad de la información y fue en este documento donde se acuñó el término autopistas de la información (Information Superhighway).

Otro impulso en este periplo lo constituyó el Libro Blanco (1994) de la Comisión Europea sobre "Crecimiento, Competitividad, Empleo, Retos y Pistas para entrar en el siglo XXI", que señaló medidas para aprovechar el cambio social producido con la introducción de las tecnologías de la información y de las comunicaciones en todos los ámbitos de la actividad social; posteriormente, esta misma comisión encargó la realización de un informe que fue presentado el 26 de mayo de 1994, denominado Informe Bangemann y nombrado: "Europa y la sociedad global de la información".

Veamos ahora una definición de sociedad de la información: "... un nuevo modelo de organización industrial, cultural y social caracterizado por el acercamiento de las personas a la información a través de las nuevas tecnologías de la comunicación. Supone una informatización de los diversos sectores, dirigida a abrir una vía de participación de los ciudadanos en todas las facetas de la vida, económica y social, así como obtener, en último término, una mejora en su calidad de vida"[4].

3. Este informe era una reflexión sobre la forma de conducir la informatización de la sociedad.
4. CAMPUZANO TOMÉ, Herminia. *Vida privada y datos personales*, Editorial Tecnos, Madrid, España, 2000, pp. 18-20.

Habiendo hecho esta reseña sobre el proceso de acuñamiento del concepto "Sociedad de la Información", que ya algunos autores han sustituido por otros como "Sociedad digital", "Cibersociedad", etc., corresponde ahora valorar cómo se ubica el fenómeno que denominamos "Administración de Justicia" dentro de ella, sobre todo en el marco de un Estado democrático como el nuestro.

Es importante acotar que llevaremos a cabo un análisis fundamentalmente enfocado a las nuevas herramientas básicas y primordiales para el Poder Judicial costarricense, que potencialmente están a su disposición a raíz de los cambios sociales que se están produciendo con la implementación de las nuevas tecnologías de la información, concretamente: el documento electrónico, la firma digital y la red mundial Internet[5], con todas sus ventajas como la teleconferencia, la realidad virtual, el teletrabajo, los foros donde se pueden desarrollar temas específicos en forma presencial o diferida, es decir como charla, plática, parloteo o "chat"[6], o como mensajería, etc.

A. La administración de justicia en la sociedad de la información

Los sociólogos, informadores o comunicadores, informáticos, abogados y psicólogos, entre otros, han escrito sobre la sociedad digital o sociedad de la información, aunque sus enfoques son diversos. Entre sus principales conclusiones podemos afirmar que tanto el capital, como el trabajo, han sido sustituidos, como factores de producción, por "la información".

Pero para que esta información sea realmente un elemento multiplicador de la producción debe generar "conocimiento"; es en este momento donde su valor intrínseco se sumará a la cadena económica, movilizando recursos (dinero) de un lado hacia otro, sin importar si es usada con fines informativos (cadenas de noticias que venden sus primicias a todas partes del globo), lúdicos, estratégicos, didácticos o incluso destructivos[7].

En nuestra realidad jurídica, el documento[8] electrónico, como objeto de regulación legislativa, ha sido tratado de manera superficial y aislada en distintas leyes, como tendremos la oportunidad de analizar más adelante. Prácticamente hay poco regulado sobre este instituto en Costa Rica y, por consiguiente, ante esta realidad los estudiosos del Derecho y los operadores de nuestro sistema jurídico no han podido valorar todo su potencial como herramienta que podría servir en gran manera a la administración de justicia, incluyendo, claro está, la materia penal[9].

Lo cierto es que un verdadero esfuerzo conjunto en esta dirección podrá generar cambios importantes, a mediano plazo, en la forma en que se administra justicia en este país. Lo que debe prevalecer es la suma de las ideas y del trabajo colectivo, con el fin de obtener metas concretas y un mejoramiento palpable

5. En relación con aspectos afines con el Derecho e Internet se puede revisar la obra: BICK, Jonathan. *INTERNET LAW: 101 things you need to know about*. Three Rivers Press, New York, U.S.A., First Edition, 2000.
6. La trascendencia de este fenómeno "Chat" ha llegado a impactar incluso en la novela como género literario, donde podemos encontrar obras como: PALMA, José e INFANTES, Roca. *El amor en los tiempos del chat*, Editorial Planeta S.A., Barcelona, 2000.
7. Sobre el papel de la información y su transmisión, así como su influencia en la cultura humana, se puede consultar la siguiente obra: CUBERN, Román. *El Eros electrónico*, Editorial Taurus, Madrid, 2000.
8. Concepto de documento: La palabra documento se deriva del latín *documentum o docere*, "enseñar", en sentido amplio, una entidad física, simple o compuesta, idónea para recibir, conservar y transmitir la representación descriptiva, emblemática o fonética de una determinada realidad relevante en el plano jurídico. El elemento material en cuestión puede ser un papel, un vídeo o una cinta magnetofónica; la docencia puede radicar en los signos de la escritura, las imágenes del vídeo o los sonidos grabados en la cinta. En un sentido estricto, por documento se entiende el recipiente, soporte o envase en el que se vierten por escrito manifestaciones o declaraciones, que puedan testimoniar un hecho o un acto con consecuencias jurídicas. Los documentos pueden ser públicos o privados. El autor Julio Montoya define el documento así: "... la superficie continente de información ordenada..." Ver MONTOYA BARRIOS, Julio Rafael, *El documento informático y la seguridad jurídica desde el punto de vista de la función notarial*, Editorial Derecho Colombiano Ltda., 1992, pp. 16-17.
9. La idea no es nueva y ya lleva cierto tiempo en el ambiente jurídico internacional. De hecho, del 27 al 29 de setiembre de 1999, se llevó a cabo el Seminario "El Documento Electrónico y la Firma Digital al servicio de la Optimización del Servicio de Justicia" en Argentina, entre otras ponencias en esa ocasión se presentó la siguiente: "La Firma Digital. Aspectos Jurídicos. Su aplicación a las Comunicaciones previstas por la Ley 22.172", hecha por ARCE, Alfonso José y DÍAZ, Federico Santiago. El documento puede ser consultado en http://publicaciones.derecho.org/redi/N°16-Noviembre_de_1999/3. También en este año 2001 se han llevado a cabo encuentros donde se han analizado las políticas e implementaciones necesarias para la consecución de "gobiernos digitales", tales como el de Estonia, los mismos se han llevado a cabo en Seattle, Washington, E.U.A. y próximamente se llevará a cabo otro en Europa.

que redunde en resultados positivos para los administrados[10].

Todos sabemos que en la red mundial Internet, conocida como la Superautopista de la Información, transitan digitalmente, cada segundo, millones de datos o bytes[11] de un lugar a otro por medio de línea telefónica, señal u onda inalámbrica, fibra óptica y cualquier otro vehículo que la tecnología llegue a implementar. Luego de realizar su viaje, prácticamente a la velocidad de la luz, la información llega a su destino y es depositada en documentos o recipientes que pueden materializarse para el interesado, en diversos formatos: música, imágenes, letras, símbolos, etc., y se presentan en nuestro puerto multimedia (estación de trabajo) en forma inteligible para el ser humano.

Ahora, mejor que en cualquier época pasada, la humanidad ha logrado implementar tecnologías de la información y la comunicación (TIC) que con gran velocidad hacen que podamos comunicarnos[12].

La información que antes podía tardar mucho tiempo en llegar de un sitio a otro (pensemos en el caso de los mensajeros-corredores del Imperio Inca[13], o en el correo del siglo pasado, el cual, para trasladar una carta de América a Europa, tardaba como mínimo tres semanas) ahora puede hacer la travesía hasta su destino en segundos; para convencernos es suficiente enviar un mensaje por medio del correo electrónico[14] (e-mail) a cualquier parte del mundo, sin que su contenido tenga trascendencia en lo que se refiere a su entrega expedita y abreviada.

Estamos viviendo en una época de grandes cambios políticos, sociales, económicos y tecnológicos; en fin, en los círculos concéntricos de nuestra vida se ha acelerado la evolución mucho más rápidamente de lo que ocurrió en el pasado; los cambios son vertiginosos, bruscos, generalmente positivos, pero su alcance definitiva y lamentablemente no es universal, es muy sectorizado y discriminatorio.

Lo que debemos perseguir, como meta prioritaria, es que este progreso sea equitativo y llegue a la mayor cantidad de individuos en el mundo; que los beneficie y signifique un verdadero aporte para su máxima realización como personas humanas.

Se debe tratar de eliminar la polarización del conocimiento y el fenómeno que el autor Luis Joyanés denomina como "Infopobreza" e "Inforiqueza" (hace referencia a los países ricos y pobres en lo que concierne al control y aplicación de la información) desde el punto de vista del acceso, manejo y generación de conocimiento a partir de la información[15].

Aunque el documento electrónico y la firma digital tienen su máximo aprovechamiento y aplicación en el comercio electrónico[16] (E-commerce), no es excluyente que podamos aprovechar y disfrutar sus beneficios en todos los campos de la sociedad de la información, incluyendo los que tienen relación con el funcionamiento del Estado en todas sus manifestaciones, como proveedor de servicios, como contratante, como vigilante o gendarme, como legislador o como juzgador.

10. Es muy interesante la afirmación de Eugenio Moya, quien señala que "... pensar en la investigación científica como un proceso de descubrimientos resulta un estereotipo que muy poco tiene que ver con su práctica social. El científico no es ningún investigador solitario que dirija, a partir de otros, pero mejor que otros, su atención a un mundo presocial y preteórico. Ni mucho menos. La actividad científica es producto de un *brainstrust* y la realidad a la que se dirige es, en cierto modo, un producto de nuestras teorías, y, en gran parte, consecuencia de la circulación social del conocimiento". MOYA, Eugenio. *Crítica de la razón tecnocientífica*, Editorial Biblioteca Nueva, S.L., Madrid, 1998, p. 38.
11. Un byte son ocho bits. La palabra bit se forma de la unión de "binary + digit" o sea dígitos binarios, concretamente ceros y unos, en combinaciones interminables.
12. Sobre el proceso de evolución histórico seguido por la comunicación se puede consultar: CROWLEY, David y HEYER, Paul. *La comunicación en la historia: tecnología, cultura y sociedad*. Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona, 1997.
13. A pesar de no contar con caballos, ni vehículos de ruedas ni un sistema de escritura, las autoridades de Cuzco lograron mantenerse en estrecho contacto con todas las partes del Imperio. Una compleja red de caminos empedrados que conectaban las diversas zonas de las regiones, permitía esta comunicación; mensajeros entrenados –los *chasquis*– actuando en relevos, corrían 402 Km al día a lo largo de esos caminos. Los registros de tropas, suministros, datos de población e inventarios generales se llevaban a cabo mediante los *quipus*, juegos de cintas de diferentes colores anudados según un sistema codificado, que les permitía llevar la contabilidad.
14. Sobre las ventajas y particularidades del correo electrónico se puede consultar: TORBEN RUDOLPH, Mark, *Correo electrónico: qué fácil*, Alfaomega Grupo Editor S.A. de C.V., México, 1998.
15. JOYANES, Luis. *Cibersociedad: los retos sociales ante un nuevo mundo digital*. Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1997.
16. Sobre el comercio electrónico y la protección al consumidor recientemente se publicó un estudio costarricense: KNORR, Jolene Marie y ROLDÁN SALMA, Marcelo, *La protección del consumidor en el comercio electrónico*, Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 2001.

Podemos ver muy claro que en los servicios públicos, cuya prestación casi siempre está plagada de engorrosas espirales, laberintos y pirámides burocráticas, donde los administrados padecen enormes suplicios para obtener muchas veces simple información o realizar trámites como pagar impuestos, la aplicación del documento electrónico y la firma digital podría agilizar las gestiones y mejorar, por ende, la calidad del servicio, sin que por ello el Estado deje de percibir sus ingresos por concepto de tasas, timbres, impuestos, tarifas, etc.

Se podría pedir y recibir información totalmente auténtica y con plena validez jurídica desde y hacia nuestras oficinas u hogares, sin tener que trasladarnos físicamente de un lugar a otro, con el consiguiente ahorro de tiempo, combustible, dinero; en fin, recursos que podrían aprovecharse mejor de otra manera.

Algunos llegan a asegurar que la firma digital podría incluso reemplazar a la análoga, por ser más segura, "... hay que señalar que si precisamente algo hay de extraordinario en todo este movimiento en torno a la firma electrónica avanzada, es su enorme versatilidad, sus desconocidas posibilidades, la extrema sencillez de su utilización y, sobre todo, su extraordinaria fiabilidad, hasta el punto de tener que plantearnos, más temprano que tarde, la conveniencia de usar preferiblemente la firma electrónica frente a la tradicional"[17].

El documento electrónico y su compañera idealmente inseparable[18] la firma digital, por sí mismos son herramientas inocuas, que pueden ser empleadas bien o mal; por ello, es una imposición lógica el asumir que para su buena implementación en el desarrollo de un país, para que cumplan con su papel de coadyuvar en el mejor desempeño de los servicios y de las transacciones de los particulares, debe existir regulación; en otras palabras, es urgente aprobar, al menos, una ley y su reglamento que clarifique el valor jurídico que se le dará a cada uno de estos institutos y su trascendencia en los distintos campos en los que se hará uso de ellos.

La administración de justicia en la sociedad de la información definitivamente está sufriendo un cambio abismal y podemos encontrar países como Estados Unidos de Norteamérica donde muchas de sus cortes se encuentran digitalizadas; Sudáfrica y Perú, donde existe un cibertribunal, e incluso Estonia, donde la totalidad de la gestión de gobierno es digital.

Costa Rica ha iniciado el tránsito por esta senda y no se debe cejar en estos esfuerzos a pesar de que entre nuestras filas, como ocurre en todo grupo humano, existen personas que se pueden catalogar como neofóbicos, que tienen temor por lo nuevo, sobre todo si se trata de tecnologías desconocidas, y constantemente tratan de echar atrás los avances que poco a poco se llevan a cabo; debemos agrupar a los neofílicos, quienes con su sano afán de progreso, ansias de superación y deseo de mejorar el servicio, pueden obtener grandes metas en menor tiempo.

A.1 Necesidad de crear un entorno electrónico en la administración de justicia

La sociedad de la información y su aplicación en forma de conocimiento han traído como consecuencia un aumento sensible de la productividad; en otras palabras, con mejores datos se pueden tomar decisiones en forma más rápida y efectiva, lo que es válido tanto para las empresas privadas que compiten entre sí, como para el Estado, y dentro de sus esferas la de administración de justicia.

En España, al igual que en nuestro país "... los operadores jurídicos (juzgados y Tribunales, Fiscales, Abogados y Procuradores) se comunican constantemente entre sí y con otros centros u organismos oficiales, utilizando para ello documentos en soporte papel que se cursan normalmente a través del correo ordinario cuando la comunicación exige seguridad, fiabilidad y constancia. Estas comunicaciones gene-

17. LÓPEZ CEBADA, Juan Jesús. *Breves consideraciones sobre las posibilidades subyacentes en el uso de la firma electrónica avanzada*. En Revista Electrónica de Derecho Informático R.E.D.I., disponible en *http://www.vlex.com/Redi*, o *http://www.publicaciones.derecho.org/redi*.

18. Esta relación simbiótica entre documento electrónico y firma digital se pone de manifiesto en la redacción de lo que es la definición de la firma electrónica en el artículo 2 (definiciones) del Real Decreto Ley 14/99 del 17/9/99, que a los efectos señala: "a) 'Firma Electrónica': Es el conjunto de datos, en forma electrónica, anejos a otros datos electrónicos o asociados funcionalmente con ellos, utilizados como medio para identificar formalmente al autor o a los autores del documento que la recoge". Si analizamos este concepto esbozado, caeremos en la cuenta de que la relación es de tal naturaleza que incluso el documento electrónico es definido como datos electrónicos a los que va aneja la firma. Es decir, aquel es definido en función de ésta.

ran un porcentaje muy significativo de dilaciones procesales, siendo el retraso[19] en la resolución de los conflictos el principal problema que presenta la Administración de Justicia en España"[20].

En cuanto a la incorporación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, España tiene varias fuentes normativas fundamentales: la Ley Orgánica del Poder Judicial, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y la LORTAD (Ley Orgánica para la Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos).

La Ley Orgánica 6/1985, de 1° de julio, en relación con el uso de la informática y las telecomunicaciones en las actuaciones de los tribunales, en su artículo 230 señalaba: "Podrán utilizarse en el proceso cualesquiera medios técnicos de documentación y reproducción, siempre que ofrezcan las debidas garantías de autenticidad. La ley regulará los requisitos y formas de su utilización". Esta norma fue reformada por la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre.

Con los cambios introducidos, este artículo habilitó el uso integral de la tecnología informática por juzgados y tribunales, con limitaciones derivadas de la protección de datos de carácter personal, aspecto regulado en el artículo 18.4 de la Constitución española que dice: "La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos"[21].

El artículo 230.1 también remite a la Ley Orgánica de Protección de Datos 15/1999, de 13 de diciembre que derogó la de 1992.

Para implementar esta interconexión legal se emitió el Reglamento número 5/1995, de 7 de junio, que en los artículos 77 a 88 estableció que existen ficheros automatizados bajo la responsabilidad de órganos judiciales, entre ellos los ficheros jurisdiccionales que incorporan datos de carácter personal derivados de las actuaciones jurisdiccionales[22] y contienen aquellos necesarios para la identificación de los procedimientos de quienes tengan el carácter de parte, los que se refieren a su representación procesal y defensa y los derivados de la instrucción o tramitación de las diligencias judiciales y ficheros gubernativos.

El artículo 230, apartado 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, también contempla la posibilidad de que aquellos que requieran la tutela judicial de sus intereses podrán relacionarse con la administración de justicia a través de los medios técnicos a que se refiere el apartado primero de esta norma, cuando sean compatibles con los que dispongan los juzgados y tribunales y se respeten las garantías y requisitos previstos en el procedimiento que se trate; esto por cuanto se busca que estas nuevas tecnologías de comunicación sustituyan y no meramente complementen a los métodos tradicionales de comunicación segura, y es ahí donde los españoles se vinculan con

19. Para revisar la opinión de un autor sobre la manera como se puede desatascar la justicia, se puede consultar: GUIBOURG, Ricardo A.; ALENDE O., Jorge; CAMPANELLA, Elena. *Manual de Informática Jurídica*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996, pp. 208-210.

20. LESMES SERRANO, Carlos. *Los nuevos tecnologías y la administración de justicia. La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*. En Derecho de Internet: Contratación Electrónica y Firma Digital. Madrid, Aranzadi Editorial, 2000, pág. 372.

21. El derecho de autodeterminación informática tiene su origen en el derecho a la intimidad que fue mencionado en un voto salvado del juez L.D. Brandeis, en sentencia de la Supreme Court de Estados Unidos de Norteamérica de 1928, donde se afirmó que la intimidad era el derecho más apreciado por los hombres civilizados: The right most valued by civilized men, esto en el caso Olmstead vs. United States. En la sociedad de la información corremos el riesgo de estar sometidos al "juicio universal permanente", debido al control electrónico de los documentos de identificación, el registro y gestión de las adquisiciones comerciales realizadas con tarjetas de crédito, las reservas para viajes, el proceso informatizado de datos fiscales. La libertad informática se puede definir como el nuevo derecho de autotutela de la propia identidad informática, o sea el derecho de controlar (conocer, corregir, quitar o agregar) los datos personales inscritos en las tarjetas de un programa electrónico. En el plano jurídico la intimidad se vincula al concepto de libre desarrollo de la personalidad, reconocido como valor fundamental "Grundwert" por distintas constituciones actuales de los Estados de Derecho, entre ellas la Constitución de Alemania proclama el libre desarrollo de la personalidad (freie Entfaltung der Persönlichketi) artículo 2.1 este valor se desdobla en dos libertades básicas: la libertad general de acción (allgemeine Handlungsfreiheit) y la autodeterminación informativa (informationelle Selbstbestimmung), que se refiere a la libertad para determinar quién, qué y con qué ocasión pueden conocer informaciones que conciernen a cada sujeto, también se le denomina Recht auf informationele Selbstbestimmung) y para su tutela debe emplearse el hábeas data. Para un estudio más profundo se puede consultar GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana. *La protección de los datos personales en el Derecho español*, Universidad Carlos III, Dykinson, 1999 y además MORÓN LERMA, Esther. *Derecho y Proceso Penal: Internet y Derecho Penal, Hacking y otras conductas ilícitas en la red*, Editorial Aranzadi, Madrid, 1998, pp. 49-52. Sobre el hábeas data en Argentina, se puede consultar GUIBORG, Ricardo A., y otros, *op. cit.*, pp. 262-272: menciona este autor que el derecho al hábeas data está contemplado en el artículo 43, párrafo 3 de la Constitución argentina y además que en 1890 en la "Harvard Law Review" se publicó un artículo de Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis donde se proclamaba que cada uno tiene el derecho de "ser dejado tranquilo" (to be let alone).

22. Actualmente, gracias a los avances en la informática y los medios de almacenamiento de información, se pueden incorporar a un fichero de voz e imagen, datos que también deberán ser objeto de protección y confidencialidad.

las regulaciones de la firma electrónica o digital, que ya forman parte de su ordenamiento jurídico.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, que entró en vigor el 8 de enero de este año (sic), contempla aspectos como el valor probatorio del documento electrónico[23], documentación de las actuaciones procesales en soporte electrónico y actos de comunicación procesal por medios electrónicos o informáticos[24].

Esta ley introduce una nueva forma de documentación de las actuaciones procesales, que es preceptiva cuando se trata de actuaciones orales en vistas y comparecencias. Dicha forma de documentación consiste en la utilización de sistemas de grabación y reproducción de la imagen y sonido, los cuales serán empleados para fijar audiencias en salas de juicio y posteriormente los datos serán almacenados en soporte magnético en las memorias de los ordenadores o en discos compactos, incluso en discos de vídeo digital o DVD, lo que será perfectamente factible, sobre todo, teniendo presente que los métodos de comprensión de datos cada día son más efectivos y seguros, comprimiendo prácticamente cualquier archivo hasta una décima parte de su tamaño original.

Para concluir, se puede afirmar, como lo hace el autor Lesmes Serrano, "...que la técnica de la firma electrónica avanzada es la única que aporta las garantías que exige la Ley de Enjuiciamiento Civil para que el acto procesal de comunicación utilizando medios electrónicos tenga la misma eficacia procesal que los realizados por los procedimientos tradicionales"[25].

A.2 Necesidad urgente de contar con el marco jurídico de la firma digital en Costa Rica

En el mundo ya existen legislaciones sobre el documento electrónico y la firma digital. Europa ha realizado valiosos esfuerzos en este sentido y uno de ellos es el proyecto AEQUITAS[26]. También cuentan con legislación sobre la firma digital España[27], Irlanda[28], Estados Unidos[29]; además han brotado proyec-

23. Ver: SANCHÍS CRESPO, Carolina. *La prueba por soportes informáticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
24. Sobre este punto concreto, en relación con la aplicación de la tecnología del documento electrónico en Argentina se puede consultar: CAMELLI LACZKO, Matilde: *Archivo de la administración financiera en imágenes digitales con pleno valor jurídico y probatorio de originales*, en ALTMARK, Ricardo y BENNA, Ramón Gerónimo. *Informática y Derecho: aportes de doctrina internacional: comercio electrónico*, Volumen 7, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2001, pp. 123-142.
25. LESMES SERRANO, op. cit., p. 383.
26. El proyecto Aequitas: los países de la Comunidad Europea no se han quedado atrás en lo que al documento electrónico se refiere y han llevado a cabo esfuerzos comunitarios para lograr uniformidad en cuanto a dicho tema, sobre todo en lo que respecta a la forma de incorporar dichos documentos a los procesos penales como prueba plena. Para obtener dicho propósito realizaron el proyecto Ad Aequitatem, el cual veremos a continuación. Para obtener información sobre el proyecto se puede contactar a: Fernando Galindo, UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA, Ciudad Universitaria, 50009 Zaragoza, España, Tel. Nº: +34-976-761455, Fax Nº:+34-976-761499, E-Mail: *fernando.galindo@posta.unizar.es* internet: *http://aequitas.encomix.es*. El proyecto AEQUITAS tenía por objeto elaborar soluciones jurídicas que permitieran la prueba en juicio de carácter penal de mensajes electrónicos enviados, cifrados y firmados digitalmente. A tal efecto se han realizado varias pruebas en las que han participado juristas españoles y franceses que han permitido elaborar una opinión al respecto al estudiar la legislación comparada más significativa sobre la materia promulgada hasta este momento, poniendo especial énfasis en la europea, y la adopción de las siguientes iniciativas. En primer lugar, la constitución de un proveedor de servicios de certificación de las comunicaciones electrónicas integrado por fedatarios, un centro de investigación universitario y una empresa experta en seguridad de las telecomunicaciones, que oferta sus servicios de seguridad de las comunicaciones electrónicas a empresas y público en general. El servicio de certificación se denomina FESTE (Fundación para el Estudio de la Seguridad de las Telecomunicaciones) y puede ser solicitada su intervención siguiendo las indicaciones recogidas en la página http://www-.feste.com. Este servicio de certificación se considera parte integral de la red europea de seguridad de las comunicaciones electrónicas promovida por la Comisión Europea y en fase de implantación en estos momentos. La investigación también ha generado el desarrollo de un prototipo que permite, desde abril de 1999, la transmisión telemática segura de comunicaciones y otros escritos entre jueces y procuradores. Finalmente la investigación ha elaborado, conjuntamente con fedatarios, un proyecto de ley española de firma electrónica que prevé la integración en el Derecho español del contenido de la propuesta de Directiva europea sobre firma electrónica de 13 de mayo de 1998 (COM(98) 297).
27. España cuenta con el Real Decreto-Ley 14/99 del 17 de setiembre de 1999, firma electrónica, publicado en BOE del 18 de setiembre del mismo año. El texto completo puede consultarse en *http://www.abog.net*.. En él se regula sobre el uso de la firma digital, el reconocimiento de su eficacia jurídica y la prestación al público de los servicios de certificación. También se define lo que es la firma electrónica, la firma electrónica avanzada, el signatario, los datos de creación de la firma, el certificado y otros aspectos relacionados con el tema. El real decreto-ley consta de 28 artículos. En este momento ya existe un proyecto de reforma de este decreto ley que viene a incluir muchos aspectos novedosos, que no habían sido tratados en un primer momento.
28. En Irlanda, la Presidenta Mary McAleese firmó la ley que regula la firma digital y el comercio electrónico en julio de 2000. Se estima que ello ocurrió en un momento apropiado toda vez que para el año 2002 se predice que las transacciones por Internet en Irlanda llegarán a los U.S. $736 millones. Para más información se puede consultar *http://www.EcommerceTimes.com/news/articles2000/000711-3.shtml*.
29. La Corte de los Estados Unidos de Norteamérica ha realizado un esfuerzo por lograr uniformidad en el intercambio de documentos electrónicos, entre sus distintos órganos, empleando la infraestructura de Internet, este proyecto se denomina JEDDI. Para solicitar información se puede contactar a *jmcmillan@mcsc.dni.us*.

tos en países como Argentina, Chile[30], México y, recientemente en Costa Rica, entre otros.

Nuestro proyecto de ley de firma digital fue presentado hace pocos meses ante la Asamblea Legislativa por parte del Ministerio de Ciencia y Tecnología, sin embargo, según la opinión de algunos expertos, es deficiente e idealmente debería ser mejorado antes de que se convierta en ley.

A partir de este momento enfocaremos nuestra atención en los siguientes aspectos: ¿cuál es la naturaleza del documento electrónico?, ¿cuál es su importancia para la teoría de la prueba?, ¿qué papel puede protagonizar un documento electrónico en el proceso penal costarricense?, ¿cómo podrían aprovecharse sus virtudes para hacer expedita y cumplida la gestión judicial, es decir, la administración de justicia?

Esperamos poder vislumbrar, por lo menos, la punta del iceberg, para que otros, más tarde, continúen la investigación y ayuden a que nuestro país se coloque en una mejor posición internacional, ojalá de vanguardia en esta materia, pero, sobre todo, nos interesa barajar las opciones que puedan existir para que desde ahora nos beneficiemos con los aportes que estas nuevas tecnologías nos pueden brindar en el campo de la administración de justicia o de la gestión judicial[31].

Concentrémonos en la materia penal, nuestro planteamiento es muy sencillo: si en la actualidad los legajos de investigación sufren atrasos por diversas razones, entre otras, porque los documentos solicitados para ser agregados a este, que ayudan al fiscal a formarse un criterio sobre los hechos de su conocimiento y le permiten pronunciarse en uno u otro sentido sobre ellos, tardan muchos días en llegar. En definitiva, la administración de justicia se vería enormemente beneficiada si el funcionario pudiera contar con dicha información en forma rápida y sencilla.

Pensemos, por ejemplo, en una constancia o cuenta cedular del Registro Civil[32], la información sobre una cuenta corriente solicitada a un banco, un registro médico pedido a un hospital, una certificación de propiedad al Registro Público, una certificación municipal, una constancia de tiempo servido en una empresa, etc.

En la mayoría de estos casos, el documento donde se solicita la información debe ser enviado por correo, por lo que llegará varios días después a la oficina a la cual fue dirigido; en el tanto se confecciona la respuesta, pasará algún tiempo (2 ó 3 días, en el mejor de los casos), luego la información debe ser enviada al funcionario que la pidió, por lo que nuevamente el correo se hará cargo del asunto; finalmente,

30. El proyecto de ley chileno se redactó así: FIRMA DIGITAL: Artículo 1°.- En todos los casos en que se requiera expresión por escrito de un acto jurídico, la misma se podrá realizar por medio de cualquier técnica que permita fijación, comunicación y registro permanente del lenguaje no oral, incluyendo el uso del código digital, la incorporación o reproducción en medios electrónicos y ópticos y la reducción o fijación en microfiimes u otros sistemas de tratamientos de imágenes. Artículo 2.- Los instrumentos particulares podrán ser firmados mediante un procedimientos distinto de la escritura manuscrita, incluyendo firmas digitales, en tanto quien firma por manifestación explícita y auténtica, con efectos al día de la firma, hubiera otorgado valor de firma a tal procedimiento. Artículo 3.- Definiciones: *Firma Digital:* es un archivo digital creado con una clave de firmas procesando información digital. De tal modo que mediante el uso de la clave asociada puedan ser verificados el propietario de la clave de firmas, la identidad y el carácter no falsificado de la información. *Certificador Digital:* persona física o jurídica que otorga fe a las atribuciones de claves de firmas a personas físicas o jurídicas. *Certificado Digital:* en los términos de esta ley es un certificado rotulado con una firma digital emitida por un certificador digital. *Certificado de fecha y hora:* es un certificado rotulado con una firma digital, de que cierta información digital fue presentada en determinado momento. Artículo 4.- El certificador digital deberá identificar a las personas que soliciten certificados digitales, así como también confirmar la atribución de una clave de firmas a una persona identificada mediante un certificado de clave de firmas y mantendrá accesos a estos a través de conexiones de telecomunicaciones accesibles públicamente de una manera verificable y con el consentimiento del dueño de la clave de firmas, salvo pedido explícito de no publicación por parte del suscriptor. Artículo 5.- Además el certificador digital deberá tomar medidas para que la información de los certificados digitales no pueda ser alterada o falsificada, de manera tal que se garantice la confidencialidad de la clave de firmas, informar al solicitante en lo concerniente a las medidas necesarias para contribuir a asegurar la firma digital y su verificación confiable y documentar las medidas de seguridad así como también los certificados digitales, de modo tal que la información y su condición de falsificadas se pueda verificar en cualquier momento. Artículo 6.- El certificado digital deberá contener: a) El nombre del propietario de la clave de firmas, b) la clave pública de firma atribuida, c) el número de serie, d) fecha y origen y vencimiento; f) el nombre del certificador digital, g) la información acerca de la limitación de uso de la clave de firmas a determinados tipos y ámbitos de aplicación (sic).

31. Este es un objetivo prudente y realizable, además de imprescindible, sobre todo para nuestro sistema de justicia penal que, tarde o temprano, se verá enfrentado con la disyuntiva de tener que analizar el valor probatorio de un documento electrónico y la fidelidad de la firma digital que podría acompañarlo. Estamos convencidos de que ya se han dado casos en nuestros tribunales que han sido fallados previo análisis de documentos electrónicos, sin embargo jurisprudencialmente sobre dicho instituto no hay ninguna consideración al respecto.

32. Veamos lo que dice el Código Procesal Penal "Artículo 83: Identificación: El imputado deberá suministrar los datos que permitan su identificación personal y mostrar su documento de identidad. Si no los suministra o se estima necesario, se solicitará constancia al Registro Civil, sin perjuicio de que una oficina técnica..."

al llegar a su destino, con mucha suerte y a un alto costo para el país, la recibirá el despacho donde labora el funcionario que la solicitó, pero en la mayoría de las ocasiones el documento será agregado al legajo al cual corresponde, hasta varios días después, luego será remitido al empleado respectivo para su estudio, y terminará bajo un conglomerado de legajos en espera de ser examinado, en cuanto sea posible, luego de un lapso que puede ser incluso de varias semanas, tal y como lo hemos constatado en la práctica, con el agravante de que cuando este burócrata vuelva a retomar el asunto, deberá gastar varios minutos en recordar cuál era la trama del caso que tiene en sus manos y por qué motivo había solicitado la información que finalmente está en su poder.

La sola descripción de este calvario es bastante engorrosa, triste, embarazosa; y la situación será más grave tanto si la libertad de algún administrado depende del contenido de dicho documento, porque esta persona deberá permanecer recluida mucho tiempo más del necesario, cuanto si se tratara de una víctima que espera que la causa donde se ventilan los hechos cometidos en su perjuicio, avance en forma expedita. Proceder de esta manera equivale a usar herramientas inapropiadas para labores muy delicadas, donde está de por medio la libertad de las personas. Algo semejante podría suceder si un neurocirujano pudiendo usar un bisturí láser para una delicadísima cirugía cerebral, empleara un escalpelo desafilado causando una seria lesión a su paciente, esto es inconcebible e inaceptable; sin embargo, volviendo a nuestro mundo jurídico, podemos afirmar que eso es lo que está ocurriendo.

Cambiemos hipotéticamente de escenario. Alterando un poco las condiciones de nuestra preocupante realidad, simplemente le daremos a este nuevo fiscal herramientas efectivas para su desempeño. Partiremos de que ya ha recibido el entrenamiento y la formación necesaria para el uso de los nuevos pertrechos tecnológicos.

En efecto, si los legajos de investigación se llegan a tramitar en forma electrónica (prescindiendo totalmente del papel, en su condición de medio de soporte análogo de la información), si la firma digital se convierte pronto en una realidad con respaldo legal en Costa Rica y si con el proceso de implantación de la intranet se logra dar una cobertura de 100% a todas las oficinas del Poder Judicial (aunque esto no es indispensable para iniciar la experiencia), el panorama podría ser el siguiente:

El fiscal, en el momento de su jornada diaria que haya designado al efecto, en la mañana, en la tarde o aun en su casa, sentado frente a su computadora o estación de trabajo, en forma controlada, eficaz y siguiendo un orden cronológico, decide revisar los expedientes del día y se da cuenta de que precisa pedir información en algunos de ellos.

A continuación, accesa prácticamente en forma instantánea las páginas de Internet, donde se encuentran los lugares que contienen los datos de los que no puede prescindir (bancos, hospitales, empresas privadas, ministerios, instituciones autónomas, oficinas de registro, etc.). Si el lugar o empresa no cuenta con página en la red de redes, podría comunicarse por medio de correo electrónico o por módem; de inmediato hace su solicitud, cuya originalidad y autenticidad, en cuanto a su procedencia, será verificada prácticamente en forma automática por los mecanismos diseñados para tal fin[33].

Una vez satisfecho este paso, deberá permitírsele extraer la información de los medios magnéticos de almacenamiento de esos lugares, quedando un rastro de que así fue hecho; en otros casos, podría hacerse necesario que la información le sea enviada por

33. Nos referimos al certificado de autenticidad que, en el mejor de los casos, debe ir aparejado con la firma digital, que de por sí estará protegida por un mecanismo de criptografía. Sobre estos aspectos profundizaremos ahora. Criptografía es la ciencia que trata del enmascaramiento de la comunicación, de modo que solo resulte inteligible para la persona que posea la clave, o el método para averiguar el significado oculto, mediante el criptoanálisis de un texto aparentemente incoherente. Los códigos secretos provienen de la antigüedad. Los escritores judíos de antaño a veces disfrazaban el significado de sus textos invirtiendo el alfabeto, es decir, utilizaban la última letra de este en lugar de la primera, la penúltima en vez de la segunda, y así sucesivamente. Este sistema, denominado atbash, aparece en la Biblia, en Jer. 25,26, que escribe "Sesac" en lugar de "Babel", empleando la segunda y duodécima letras contando desde el final, no desde el principio, del alfabeto hebreo. En su sentido más amplio, la criptografía abarca el uso de mensajes encubiertos, códigos y cifras. Los mensajes encubiertos, como los ocultos en textos infantiles o los escritos con tinta invisible, cifran todo su éxito en no levantar ninguna sospecha; una vez descubiertos, a menudo no resultan difíciles de descifrar. La palabra criptografía se limita a veces a la utilización de cifras, es decir, métodos de transponer las letras de mensajes (no cifrados) normales o métodos que implican la sustitución de otras letras o símbolos por las letras originales del mensaje, así como a diferentes combinaciones de tales métodos, todos ellos conforme a sistemas predeterminados. Hay diferentes tipos de cifras, pero todos ellos pueden encuadrarse en una de las dos siguientes categorías: transposición y sustitución.

otra persona, pero ello ocurriría en el transcurso de pocos minutos (no días, ni semanas).

Una vez obtenida la confidencia, si es remitida por un tercero, también su originalidad y autenticidad serían verificadas en forma automática[34], quedando aquella agregada al legajo; esto le permitiría al fiscal tomar la decisión correcta conforme a Derecho, luego de que hayan transcurrido solo pocos minutos.

En esta deseable realidad, tanto el legajo de investigación como la información recibida serían documentos electrónicos, y la firma digital sería el instrumento que nos va a garantizar la originalidad y fidelidad del mensaje y la autenticidad del origen de la petición o de la información recibida.

En este marco fáctico, podemos pensar que las partes y los litigantes podrían aprovechar de gran manera las ventajas de un sistema como el propuesto.

Por ejemplo, al abogado deberá proporcionársele una clave de acceso (login y password), podría accesar los legajos del caso de su cliente desde su oficina, se enteraría del estado de la causa en tiempo real, actualizaría entonces su propio banco de datos, conociendo cuál es la información nueva que haya sido allegada al asunto, lo que le permite contar con la posibilidad de gestionar lo que estime pertinente en favor de los intereses de su representado, con respaldo de la confidencialidad de sus peticiones, la integridad de sus documentos electrónicos y la tecnología de la firma digital.

Si así lo hiciera, mediante los mecanismos respectivos, el funcionario se enteraría al final del día o cuando él lo tenga a bien, incluso desde su casa de habitación en horas de la noche o en fin de semana, que existen gestiones de los abogados defensores o de los representantes de las partes que debe analizar para tomar las decisiones pertinentes.

El propio imputado, aun guardando prisión preventiva, podría enterarse del estado de su caso todos los días, claro está, si en los centros penitenciarios se llegara a contar con dicha facilidad; esto sería lo más apropiado. Ello contribuiría a disminuir la ansiedad de los privados de libertad y, probablemente, reduciría el índice de violencia a lo interior del centro de reclusión.

En contraposición, lo que ocurre en la realidad es que el imputado privado de libertad, por lo general, no puede enterarse del estado de su asunto, salvo por las esporádicas visitas que reciba de su defensor, lo que lo sume en un estado de incertidumbre y angustia que atenta contra la persona, causa inseguridad, tensión y constituye una situación cruel y degradante[35].

Pero, ¿generaría ese nuevo marco fáctico-jurídico beneficios para el Estado y más importante aun, para los administrados? Pensamos indudablemente que sí, aunque para los conocedores de la falibilidad de la tecnología es claro que dicho ambiente no estaría libre de fallos, errores y debilidades que tendrían que corregirse con el transcurso del tiempo, hasta que se llegue a un punto en el que se logre un balance positivo[36].

---

34. Esta firma digital podría incluso tratarse de la que se designa como firma digital avanzada, que se define en el real decreto-ley español del 17-9-99 como: "Artículo 2. Definiciones... b) "Firma Electrónica Avanzada": Es la firma electrónico que permite la identificación del signatario y ha sido creada por medios que este mantiene bajo su exclusivo control, de manera que está vinculada únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, lo que permite que sea detectable cualquier modificación ulterior de estos. Ver Real Decreto-Ley 14/99 del 17/9/99. También se puede consultar: LÓPEZ CEBADA, Juan Jesús "Breves consideraciones sobre las posibilidades subyacentes en el uso de la firma electrónica avanzada". En *Revista Electrónica de Derecho Informático* (R.E.D.I.), disponible en *http://www.vlex.com/Redi*.

35. Tengamos en cuenta que para lograr materializar un esquema como el expuesto, solo haría falta el marco legal, ya que la infraestructura que se necesitaría prácticamente ya existe y se encuentra en uso, incluso en el Poder Judicial, nos referimos al equipo informático y al programa Selntex. En efecto, pensamos que a manera de proyecto experimental serían pocos los cambios necesarios para arrancar, sobre todo en el primer y segundo circuito judicial de San José, donde también se cuenta con intranet.

36. Siendo que la firma digital se basa en métodos de encriptación, Juan Jesús López Cebada nos dice: ... El uso de la firma electrónica viene avalado por la utilización, en su confección, de elementos de software de última generación relacionados con la criptografía..., la posibilidad de utilizar métodos de encriptación basados en clases asimétricas, garantizan de una forma razonablemente inmediata, la invulnerabilidad del sistema, haciendo prácticamente imposible su falsificación. Es sabido, o se tiene por aceptado, que los métodos criptológicos han sido considerados instrumentos de elevado valor estratégico en los Estados, hasta el punto de ser considerados "material bélico" sujeto a las limitaciones de exportación típicas de armamento sofisticado..., ¿en qué proporción resultan fiables los métodos de encriptación actualmente utilizados? ..., si bien ningún software de encriptación resulta totalmente invulnerable, no es menos cierto que los índices de vulnerabilidad se basan en complejos cálculos a través de los cuales se estima que, dependiendo de la potencia de cálculo de los ordenadores, un sistema concreto podrá romper una clave criptográfica en un tiempo concreto, dependiendo de la complejidad de la fórmula utilizada y la extensión de la clave. Añadamos que la criptografía dominante (u oficial, o permitida) más usada, se basa actualmente en claves de 40 bits, que para explicarlo de una forma más clara o menos llana, resulta ser un sistema confiable, aunque no estratégicamente seguro, pues determinados departamentos de investiga-

¿Qué hace falta para llegar a esa situación ideal? Aparentemente no mucho, solo decisiones, unas políticas y otras administrativas. En primer lugar, debería mejorarse y aprobarse el proyecto de ley que vendría a regular los aspectos relacionados con el documento electrónico, la firma digital y las autoridades certificadoras en Costa Rica[37]. Luego de pasar por el tamiz legislativo en corto tiempo (eventualmente por ser poco polémico y de gran necesidad para la sociedad), se convertiría en ley de la república.

Este aspecto es fundamental e imprescindible, porque este marco positivo constituiría la columna vertebral sobre la cual se apoyaría este sistema simbiótico: administración de justicia o gestión judicial y documento electrónico con firma digital. Podemos agregar que dicha ley tendría trascendencia no solo en la gestión judicial de información en todas sus ramas, sino en todo el desenvolvimiento del Estado y más aun del comercio electrónico; pero en lo que a nosotros nos concierne, podríamos aprovecharlo de la manera hipotéticamente descrita supra y de muchas otras formas que surgirían con su implementación y el consejo de los expertos en informática jurídica[38].

Tengamos presente que, obviamente, los especialistas podrán diseñar mejores maneras de lograr una buena gestión judicial, pero requerimos de dicha ley para que el documento y, sobre todo, la firma digital tengan valor jurídico; esa sería la infraestructura para construir este edificio virtual. Nos atrevemos a afirmar que todo ensayo que se haga sin contar con esos cimientos sería provechoso, pero podría rendir mejores frutos si tiene como soporte dicho marco legal.

B. Sobre la noción de documento electrónico

En lo que se refiere a la noción, el documento electrónico para Montoya es: "... información ordenada puesta en un medio más o menos solemne (con formalidades), sobre una superficie susceptible de ser leída, (reproducida), por un medio asequible al destinatario, y previamente acordado"[39].

Tenemos aquí un concepto bastante flexible, lo suficiente para dar cabida a casi cualquier tipo de información que pueda ser transmitida por medios informáticos. Esto es importante dados los avances tecnológicos que son vertiginosos e implican la aparición de nuevos instrumentos con un intervalo bastante corto.

Es fundamental tener presente que una de las características primordiales del documento electrónico es que su soporte material pasa de ser papel a un medio magnético, además pertenece a una base de datos intangible hasta el momento en que es llamado a la pantalla, (el testimonio escrito en lenguaje electrónico que se encuentra ahí, técnicamente se denomina imput y es el documento electrónico en sentido restringido o estricto; no puede ser leído por el hombre, este se considera como el original) pudiendo imprimirse en papel o en otros medios materiales.

En la actualidad, los organismos oficiales, los bancos y muchas empresas transmiten gran cantidad de información confidencial, en forma de datos, de una computadora a otra.

Analicemos ahora la seguridad jurídica del documento informático. Al considerar la existencia de

---

ción y profesionales muy avanzados de la informática pueden presumir en la actualidad de poder romper con cierta soltura (un mes, dos meses) este tipo de claves. Ahora bien, hay que decir que los modernos sistemas de encriptación son capaces de generar con seguridad y sencillez claves de más de 3.000 bits, lo que significa la imposibilidad material de romper la clave... "al día de hoy" con la actual potencia de los ordenadores, aunque no se excluye que en un período determinado surja el hardware y software que lo haga posible, es decir, que pueda desentrañar una clave criptográfica de más de 1.600 bits. Aunque, de hacerlo, le supondrá un tiempo de proceso de uno a dos años quizás más..., lo que sí estará claro es que se habrá desentrañado solo una clave, no el sistema que la ha creado, quiere esto decir, que para desentrañar una nueva clave generada por el mismo sistema, volveríamos a darnos un plazo más o menos parecido para "reventarla",... sólo a base de "fuerza bruta", imaginada en los ordenadores del futuro, y que aun no existen, puede romperse una clave relativamente compleja en un lapso de tiempo razonable." LÓPEZ CEBADA, Juan Jesús. Op. cit., pág. 4.

37. En España, desde octubre del 2000, los notarios pueden expedir certificados personales de firma electrónica, a un costo de 40.000 pesetas. Más información se puede solicitar a *internet@el-mundo.es* o en *http://www.El-mundo.es*.

38. Sobre los aspectos relacionados con la informática en el procedimiento, se puede consultar: DAVARA, Miguel A., *Manual de Derecho Informático*, Editorial Aranzadi, Madrid, 1997, pp. 327-348 y sobre el documento electrónico, pp. 349-379.

39. MONTOYA BARRIOS. Op. cit., pág. 17.

la prueba informática estamos entrando en un campo innovador, no muy conocido hasta ahora en el mundo del Derecho, donde tradicionalmente se ha manejado el documento como prueba esencialmente escrita y análoga.

El mundo del comercio[40] ha tomado la batuta en el campo de la prueba electrónica, digital o incluso virtual, y esta goza de aceptación entre comerciantes, clientes de bancos, entidades financieras, compañías aseguradoras, de tarjetas de crédito. Gran cantidad de estas transacciones se llevan a cabo sin que sea necesario crear o producir documentos impresos en papel, de ahí que lo que le debe interesar al Derecho es encontrar cuáles son los aspectos que eventualmente deberían ser objeto de regulación jurídica, para que dichos movimientos sean bien recibidos en los procesos, dentro del elenco de pruebas que actualmente existen.

En la evolución actual del Derecho costarricense estamos en una situación altamente vulnerable, por falta de regulación expresa en la materia[41], "a pesar de que el derecho de acceso a los bancos de información requiere de códigos perfectamente diferenciados unos de otros, aun así, no podemos estar totalmente seguros de la identidad de las personas y de los bancos de información si se llegase a dar un conflicto jurídico"[42].

Jurídicamente, en nuestro país todavía no es posible equiparar la firma tradicional de una persona con una clave de acceso magnético.

Recientemente, en el ámbito internacional, se han establecido mecanismos tan seguros para rubricar documentos electrónicos, que se pueden considerar con igual valor que el de una marca manuscrita auténtica, pudiendo llegar incluso a ser más confiables.

Estos certificados de firma digital proporcionadas por empresas que cuentan con reconocimiento y prestigio a nivel mundial, han representado un reto para la comunidad internacional, la cual ha exigido cambios legislativos a tal punto que los países europeos se unieron en un proyecto común denominado Aequitas, con el fin de determinar sobre cuáles aspectos se tenía que legislar y definir las políticas a seguir en este campo tan novedoso.

En cada país la jurisprudencia puede delinear cuál es el valor de los documentos electrónicos en su respectivo ordenamiento y la manera en que se podrá incorporarlos a los distintos procesos[43], en tanto no exista legislación específica al respecto. Un ejemplo de esta situación lo representa el artículo 225 del Código Penal colombiano, que dice: "Se asimilan a documentos, siempre que puedan servir de prueba, las expresiones de personas conocidas o conocibles recogidas por cualquier medio mecánico...", es decir, siempre que una persona haya expresado su consentimiento por cualquier medio recogido mecánica o informáticamente y este permita identificar como suyas las expresiones del documento, se obliga a lo contenido en el mismo, aunque sepa o no firmar o haya o no firmado el documento informático.

La seguridad jurídica de un documento tiene que ver con la solemnidad o no que contenga, esto es, los requisitos esenciales para su eficacia, que le dan veracidad. Cuanto más solemne sea un documento más seguridad jurídica tendrá, lo contrario también es cierto, cuanto menos solemne sea, menos seguridad ofrecerá.

Algunos han pretendido negar la naturaleza documental al documento en soporte magnético, debido a la facilidad con que puede ser alterado; sin embargo, las definiciones de documento no hablan de que la inalterabilidad sea un requisito para que podamos hablar de documento.

40. Sobre la forma en que el comercio electrónico ha tomado ventaja de las herramientas en estudio, podemos consultar: SARRA, Andrea Viviana. *Comercio electrónico y Derecho*. Astrea, Buenos Aires, 2000, interesa sobre todo el punto relacionado con los actos jurídicos instrumentados digitalmente, pp. 345-368 y la firma digital, 369-387.

41. Existen pocas excepciones como en el Derecho Tributario, que veremos más adelante.

42. AZPILCUETA, Hermilio Tomás. *Derecho Informático*. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, Argentina, 1987, pág. 76.

43. El caso costarricense. Al investigar si nuestra jurisprudencia había definido de alguna manera el documento electrónico o había dispuesto algo respecto a su valor probatorio, nos percatamos de que el tema ha sido tratado en forma muy escasa, casi nula. Está claro que muchos de nuestros casos penales han sido fallados teniendo dentro de su elenco probatorio documentos electrónicos como certificaciones del Registro Público, del Registro Civil, facsímiles, télex, telegramas, etc. Sin embargo, no se ha dado todavía ninguna definición del concepto de documento electrónico. En el Derecho Civil y Comercial el panorama tampoco es muy halagador por cuanto, a pesar de que al menos en dos sentencias se ha analizado el valor de los documentos electrónicos como prueba, no se ha llegado a definir. Lo relacionado con la firma digital tampoco ha sido abordado por nuestra jurisprudencia, que tarde o temprano tendrá que hacerlo. En una sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, de las 15:15 horas del 22 de febrero de 1994, se analizó el télex como un documento electrónico. El valor de esta sentencia está representado por el hecho de que llevó a cabo un análisis del télex como medio de prueba prácticamente electrónico, aunque según nuestra legislación vigente es un medio de prueba científico documental.

C. La firma en el documento informático

Volvemos a la interrogante inicial ¿Cómo darle valor probatorio a las informaciones de la computadora, que aún impresas en papel, según la mayoría de las personas, no constituyen documentos originales porque carecen de firma y de todos los demás requisitos que necesita un documento para poder constituirse en plena prueba? En los documentos electrónicos la autenticación va a ser completamente diferente (de la del documento en papel), porque no vamos a decretar como origen del documento a una persona sino a un equipo; el computador no sabe cuál es la persona que le ha dado el dato ni puede testificar eso, sino solamente precisar, sin lugar a dudas, que el mensaje le ha llegado de tal terminal, por vía del teléfono, o que le ha llegado por el sistema A.T.M.

Aquí hay un concepto nuevo y distinto, donde no vamos a referirnos al documentador persona sino al documentador implemento técnico que es el que produce un resultado. La persona que se ha comprometido responde por el documento.

Para solucionar tal vicisitud, se ha ideado la firma informática o digital que permite determinar con certidumbre la identidad de la persona o entidad que envía un documento informático.

La firma tradicional puede ser el nombre y apellido, la abreviatura, un trazo, las iniciales o grafías ilegibles; lo importante es que su autor sea habitual en la manera de confeccionarla y pueda reconocerla cuando sea necesario.

La firma digital puede consistir en cifras, signos, códigos, claves, etc. Lo cierto es que se considera que puede ser más confiable que la ológrafa, por el hecho de que esta última es siempre irregular y, por consiguiente, de difícil verificación visual. Ya sabemos que para determinar su autenticidad de manera confiable debe acudirse a peritos en grafología[44].

Para un experto destruir la firma ológrafa puede ser tan fácil como corromper una huella digital sobre un escenario del crimen[45].

La firma digital proporciona seguridad adicional y le permite al receptor del mensaje verificar su procedencia y su contenido, pero hay que tener presente que ella por sí sola no representa garantía de confidencialidad; este campo le compete a otra técnica: la criptografía.

La firma digital emplea dos llaves criptográficas para cada usuario: una pública que es conocida por todos los clientes potenciales y otra privada que debe mantenerse en secreto.

El receptor o destinatario de la comunicación obtendrá un mensaje y la firma digital. Un algoritmo de verificación de firma es usado por él para autenticar al firmante de la transacción; este algoritmo usa la información de la clave pública del remitente, el contenido del mensaje y la firma digital para realizar los cálculos. Si el resultado es correcto el remitente es autenticado y, por ende, el mensaje recibido es idéntico a aquel enviado; si la verificación de la firma falla, la transacción es rechazada y se solicita una retransmisión.

La técnica de la clave pública requiere infraestructura de alta seguridad; este sistema realizará una distribución segura de las claves privadas y proveerá información confiable sobre la clave pública.

En el campo de los certificados pueden obtenerse varios tipos; por ejemplo, considerando el caso concreto de la empresa Veri Sign, el certificado tipo 1 es el que obtiene cualquiera que pueda llenar un formulario en la red; el tipo 2 se expide luego de que son verificadas algunas bases de datos sobre el cliente que lo pretende. El certificado clase 3 requiere que el cliente se presente ante un notario y ante él o ella confeccione la solicitud, así luego el funcionario la endosará, agregando una capa adicional de credibilidad al certificado[46].

Como aspecto adicional, la empresa requiere que usted conserve su certificado en un sistema informático confiable, protegido en forma razonable en contra de invasiones y mal uso.

---

44. En relación con la implementación de la firma digital en el Derecho Mercantil y específicamente en el Derecho Societario se puede consultar: CARLINO, Bernardo P., *Firma digital y Derecho Societario Electrónico*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1998.
45. Sobre este tema, consultar *http://www.nsml.com/forensic/computing/forensic-computing.htm*.
46. En lo que respecta a certificados de autenticidad o autoridades de certificación, se puede consultar: MARTÍNEZ NADAL, Apolonia. *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 123-296.

Las personas piensan en los sistemas de verificación y certificación de firmas como pirámides gigantescas, donde cuanto mayor sea el grado de confiabilidad de determinada empresa más grande será su clientela. Sin embargo, según el gerente de mercadeo de pagos electrónicos y certificaciones de IBM, Scott Dueweke, lo que veremos en un futuro inmediato serán islas de confianza, que serán empresas, asociaciones, entidades gubernamentales, las cuales crecerán gradualmente hasta que conformen una verdadera red de confiabilidad[47].

Hay dos formas de obtener una firma digital si se tiene instalado un programa de encriptación y se ha creado la clave pública y la privada, se puede usar esta para firmar digitalmente sus documentos; de otra forma, se puede obtener un certificado personal digital o identificación digital de un proveedor reconocido y firmar sus mensajes con él.

Aunque este tema es apasionante y sobre él podríamos ahondar en muchísimos aspectos más, pensamos que con los puntos abarcados hasta ahora hemos cumplido el objetivo inicial, que era dar una noción acerca de lo que es una firma digital, sus tipos, sus proveedores y sus usos.

D. El documento electrónico en la legislación costarricense

En ninguna de nuestras leyes hoy vigentes, podemos encontrar un desarrollo específico y técnicamente completo de lo que es el documento electrónico, mucho menos una definición; lo que sí se establece es, al menos, regulaciones en cuanto a su uso.

Veamos los artículos que de alguna forma lo contemplan:

D.1 El documento informático en el Código Procesal Civil

La palabra "escrito" se deriva del latín "scrivere" que significa grabar y a su vez grabar es imprimir o representar algo sobre una superficie, por medio de letras u otros signos.

El documento electrónico es escrito y como tal queda comprendido dentro de las previsiones del artículo 368 del Código Procesal Civil:

"Artículo 368.- Distintas clases de documentos. Son documentos los escritos, los impresos, los planos, los dibujos, los cuadros, las fotografías, las fotocopias, las radiografías, las cintas cinematográficas, los discos, las grabaciones magnetofónicas y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo."

Por esta razón, queda claro que podemos inferir, sin lugar a dudas, que el documento electrónico puede ser usado en nuestros procesos; en este sentido, el artículo 370 del mismo cuerpo legal afirma:

"Artículo 370. Valor probatorio. Los documentos o instrumentos públicos, mientras no sean argüidos de falsos, hacen plena prueba de la existencia material de los hechos que el oficial público afirme en ellos haber realizado él mismo, o haber pasado en su presencia, en el ejercicio de sus funciones."

El artículo 379 dispone: "... Los documentos privados reconocidos judicialmente o declarados como reconocidos conforme con la ley, hacen fe entre las partes y con relación a terceros, en cuanto a las declaraciones en ellos contenidas, salvo prueba en contrario".

Podemos colegir que, en realidad, la aceptación del documento electrónico dentro del proceso no es mayor problema, por cuanto su noción está comprendida dentro de nuestra legislación. Lo que sí plantea un desafío es lo relacionado con su seguridad, por cuanto, como sabemos, este puede ser alterado en todo o en parte por cualquier persona que tenga las habilidades y las herramientas necesarias para hacerlo.

D.2 El documento electrónico y el delito informático en la Ley de Justicia Tributaria

La Ley de Justicia Tributaria número 7535 del 1° de agosto de 1995, pretendió evitar la evasión de impuestos y por ello se crearon varios tipos penales para el castigo de los evasores; por otro lado, crea una modalidad de "delito informático"[48] con el que se

47. Para buscar más información al respecto se puede consultar http://www.ibm.com/security ó también http://www.entrust.com ó http://www.cybetrust.gte.com ó http://www.versign.com ó http://www.access.digex.net/pcwpage.html.
48. Sobre el fenómeno del delito informático se puede consultar: PALAZZI, Pablo A. *Delitos informáticos*, Ad Hoc S.R.L., Buenos Aires, 2000.

sanciona a los que sin estar autorizados utilicen programas de cómputo de la administración tributaria, alteren la información de las bases de datos o faciliten la utilización de claves de cómputo a terceros no autorizados. Para ser sujeto activo de dicho ilícito, debe darse la utilización de una computadora en algún momento del iter criminis.

El artículo 83 de la citada ley dispone *"... se sanciona el manejo indebido de la información, la cual se puede dar al ocultar o destruir documentos, registros, sistemas y programas computarizados, soportes magnéticos y otros medios de trascendencia tributaria en las investigaciones y los procedimientos tributarios"*[49].

Para dañar un soporte magnético no necesariamente hace falta una computadora, pero para destruir un programa o un documento en el contenido sí es imprescindible, tal es el caso del contador de una empresa que borra los archivos del disco duro para ocultárselos a la administración tributaria y para asegurarse de los resultados de su acción formatea el disco. Es imprescindible que la información que se altera, se daña, se destruye o se inutiliza sea de trascendencia para la señalada administración.

Además de lo anterior, el legislador consideró que la posesión de programas de cómputo restringidos, utilizados por la administración tributaria, constituyen el delito previsto en el artículo 95 de la citada ley[50].

Otro ilícito contemplado en la normativa en análisis está constituido por el ingreso sin autorización a la información de la administración tributaria. En este caso, la persona accesa por cualquier medio tecnológico los sistemas de información o bases de datos, en los términos previstos en el artículo 93 de la citada ley. Al usarse la frase "cualquier medio tecnológico", se pretende incluir los adelantos que haya en el futuro; sin embargo, la oración podría considerarse muy general y, por ello, eventualmente inaplicable en el Derecho Penal. Por otro lado, no olvidemos que ya existen implementaciones biotecnológicas, donde se une al ser biológico con la tecnología en un verdadero nuevo género no contemplado en dicho artículo[51].

El artículo 96 considera el caso del funcionario que facilite el código o clave de acceso a un tercero no autorizado, quien tendrá el propósito de hacer uso de él; si la conducta es culposa, el tipo aplicable al caso será el del artículo 97, pero el que se apodera del mismo tendría que haberlo usado para que se descubra el hecho.

Es importante esta norma, ya que si eventualmente el Poder Judicial decide permitir el acceso externo a la consulta de los expedientes del proyecto Seintex, antes de que se apruebe la legislación referente a la firma digital, tendría que hacerlo con un sistema de acceso por claves o códigos y eventualmente se haría necesaria una disposición como esta para evitar abusos y descuidos.

La ley motivo de análisis reconoce que el documento electrónico es un soporte válido y viable de información que debe ser protegida, el cual ha venido a sustituir al papel.

D.3 El documento electrónico en la Ley de Notificaciones, Citaciones y otras Comunicaciones Judiciales

Con la promulgación de la Ley 7130 del 16 de agosto de 1989, Código Procesal Civil, se reguló lo relativo a notificaciones. Con la Ley 7637 del 21 de octubre de 1996, Ley de Notificaciones, Citaciones y otras Comunicaciones Judiciales se dejaron sin efecto todas las disposiciones de aquella, con excepción de los artículos 179, 180, 181 y 185.

Los cambios en el sistema de notificaciones se dieron porque los medios con que se contaba eran muy rudimentarios frente a los avances de la tecnología.

49. *Ley de Justicia Tributaria*, N° 7535 del 1° de agosto de 1995, artículo 93.
50. La sanción se aplicará a quien se apodere, copie, destruya, inutilice, altere, transfiera o tenga en su poder, sin la autorización debida, cualquier programa de cómputo que sea empleado para administrar información tributaria y sus bases de datos, siempre que haya sido declarado como de uso restringido.
51. Algunos autores ya se han dedicado a analizar este fenómeno desde distintas perspectivas, uno de ellos incluso ha llegado a considerar que en el futuro cercano en el mundo surgirá un nuevo superser producto de la unión de la cibernética y la biología, el cual (según el autor) se podrá denominar Cibionte. Ver en este sentido DE ROSNAY, Joël. *El hombre simbiótico: mirados sobre el tercer milenio*. Cátedra Teorema, Barcelona, 1995, p. 16.

Se buscaba acelerar la notificación y con ello el proceso. Para eso, entre otras cosas, se echó mano de la informática; también se unificó lo relativo a las notificaciones para todas las ramas del Derecho. Como novedades se introdujeron la notificación mediante notario autorizado por la Corte, el telegrama, el correo certificado a petición de parte y el facsímil, esta se hará a las partes que así lo hayan solicitado de modo expreso e inequívoco. No se hace diferencia entre la notificación en estrados y en apartados[52].

El facsímil, como medio de notificación, puede ser utilizado desde un aparato tradicional o desde una computadora equipada con fax-módem. La notificación se podrá hacer, según el reglamento, usando un documento en soporte de papel y en este caso se remitirá constancia respectiva con registro del fax al despacho donde se tramite el asunto (artículo 4) o cuando el caso tiene un respaldo informático las comunicaciones y constancias se harán en él, sin necesidad de enviar comunicación o constancia por escrito (artículo 4). En otras palabras, la anotación en soporte informático será suficiente para comprobar que la diligencia fue realizada.

También quedan abiertas las puertas para el envío de documentos informáticos por medio de fax-módem, lo que representa un gran ahorro de recursos, mejor presentación de los datos y mayor realce.

Es claro que mediante el empleo de documentos informáticos también se podrían llevar a cabo notificaciones por medio de correo electrónico, el sistema Seintex o incluso a través de páginas en Internet, que deberían estar dispuestas especialmente para este trabajo.

En el año 2000 el Poder Judicial, mediante circular 36-2000, aprobó un reglamento para el empleo del correo electrónico como instrumento para notificar resoluciones judiciales; a la fecha, se han inscrito en este sistema muchos profesionales, que de esta manera reciben las notificaciones de las resoluciones judiciales en forma oportuna.

D.4 El documento electrónico en la Ley Orgánica del Poder Judicial

Este cuerpo legal constituido por la Ley Nº 8 del 29 de noviembre de 1937, reformada totalmente por la Ley 7333 del 5 de mayo de 1993 y reformada, a su vez, por la Ley 7728 del 15 de diciembre de 1997, tampoco define el concepto de documento electrónico, pero sí reconoce su utilidad como ninguna otra ley analizada hasta ahora.

Veamos lo que se desprende del artículo 6 bis, el cual será analizado por partes para facilitar su comprensión:

> *"Artículo 6 bis.- Tendrán la validez y eficacia de un documento físico original, los archivos de documentos, mensajes, imágenes, bancos de datos y toda aplicación almacenada o transmitida por medios electrónicos, informáticos, magnéticos, ópticos, telemáticos o producidos por nuevas tecnologías, destinados a la tramitación judicial, ya sea que contengan actos o resoluciones judiciales. Lo anterior siempre que cumplan con los procedimientos establecidos para garantizar su autenticidad, integridad y seguridad. Las alteraciones que afecten la autenticidad o integridad de dichos soportes los harán perder el valor jurídico que se les otorga en el párrafo anterior."*

En primer lugar, se considera en este párrafo que el documento físico original es aquel que sea de papel, confundiendo así la información con el recipiente.

En segundo lugar, se expresa que tendrán validez y eficacia de aquel documento papel: *"...los archivos de documentos, mensajes, imágenes, bancos de datos y toda aplicación almacenada o transmitida por medios electrónicos, informáticos, magnéticos, ópticos, telemáticos o producidos por nuevas tecnologías, destinados a la tramitación judicial, ya sea que contengan actos o resoluciones judiciales."*

Se confunde en este segundo fragmento la información o docencia con el soporte o envase, mas,

52. Mediante reglamento aprobado por la Corte en sesión 27-96, celebrada el 11 de noviembre de 1996, artículo XII, se aprobó el uso de casilleros en el Segundo Circuito Judicial de San José.

sin embargo, se reconoce que los datos pueden ser guardados, o transmitidos por medios electrónicos, informáticos, magnéticos, ópticos, telemáticos o producidos por cualquier nueva tecnología; por esa razón consideramos que este artículo abre de par en par las puertas del proceso judicial costarricense al documento electrónico; teniendo la suficiente amplitud de dar validez y eficacia a cualquier información que se reciba en el proceso judicial, que se haya almacenado o transmitido por cualquier medio y que esté destinada a la tramitación judicial, con la salvedad de que se trate de actos o resoluciones judiciales.

Esta norma es revolucionaria por la sapiencia con que introduce en el proceso judicial al documento electrónico, pero es limitada, ya que en cuanto a la información que este contenga se reduce a actos o resoluciones judiciales, cercenándole a las partes la posibilidad de aportar escritos o prueba mediante el empleo de las nuevas tecnologías, salvo la excepción que veremos más adelante.

El siguiente párrafo señala: *"Lo anterior siempre que cumplan con los procedimientos establecidos para garantizar su autenticidad, integridad y seguridad. Las alteraciones que afecten la autenticidad o integridad de dichos soportes los harán perder el valor jurídico que se les otorga en el párrafo anterior".*

La firma digital vendría a satisfacer las exigencias de autenticidad, integridad y seguridad que exige este párrafo de la ley; de ahí, entonces, que cuando la ley sobre firma digital sea aprobada probablemente armonizará muy bien con dicho artículo.

Seguimos con el análisis del artículo 6 bis:

"Cuando un juez utilice los medios indicados en el primer párrafo de este artículo, para consignar sus actos o resoluciones, los medios de protección del sistema resultan suficientes para acreditar la autenticidad, aunque no se impriman en papel ni sean firmados. Las autoridades judiciales podrán utilizar los medios referidos para comunicarse oficialmente entre sí, remitiéndose informes, comisiones y cualquier otra documentación."

Se dice aquí que con el fin de acreditar la autenticidad de la información contenida en un documento electrónico es suficiente que se acuda a los medios de protección del sistema, en otras palabras, al archivo de respaldo. Lo más triste de este asunto es que muy pocas personas acostumbran respaldar sus actuaciones o resoluciones judiciales, ya que para ellos es suficiente guardar su trabajo en el disco duro de la computadora de su oficina, sin hacer otra copia en disquete, disco zip, disco compacto, disco jazz o cualquier otro medio magnético de almacenamiento de información. También se abre las puertas a que las autoridades judiciales intercambien información por cualquier medio contemporáneo.

Veamos el siguiente fragmento:

"Las partes también podrán utilizar esos medios para presentar sus solicitudes y recursos a los tribunales, siempre que remitan el documento original dentro de los tres días siguientes, en cuyo caso la presentación de la petición o recurso se tendrá como realizada en el momento de recibida la primera comunicación. La Corte Suprema de Justicia dictará los reglamentos necesarios para normar el envío, recepción, trámite y almacenamiento de los citados medios; para garantizar su seguridad y conservación; así como para determinar el acceso del público a la información contenida en las bases de datos, conforme a la ley". (Así adicionado este artículo por el numeral 9° de la Ley de Reorganización Judicial N° 7728 de 15 de diciembre de 1997).

Esta parte final nos permite vislumbrar que las partes de un proceso pueden enviar sus escritos o gestiones por cualquier medio electrónico; sin embargo, y aquí está el problema, quien así lo haga deberá presentar la misma información pero contenida en su soporte de papel (documento tradicional análogo) a más tardar tres días después de enviar los primeros datos. Lo ideal es que se llegue a prescindir del soporte papel y una vez que se cuente con la firma digital así podrá ser, por cuanto ella garantizará la autenticidad del documento electrónico en cuanto a su contenido y origen.

Otro artículo de esta ley que prevé el empleo del documento electrónico en la gestión judicial es el 147, que dispone:

"La Corte podrá disponer la utilización de sistemas informáticos para notificaciones, citaciones, comunicación entre oficinas judiciales y externas, públicas o privadas, archivo, manejo de documentación e información, atención al usuario, y para cualquier otro acto en que se demuestre que el uso de la informática agiliza el procedimiento, caso en el que las constancias propias del sistema resultan suficientes para acreditar

la realización del acto procesal que las generó, salvo prueba en contrario." (Así reformado por Ley 7728 del 15 de diciembre de 1997).

Esta norma es la que nos permite afirmar que el documento electrónico tiene abiertas de par en par las puertas de la administración de justicia o gestión judicial, esperando su implementación, porque esta ley permite que se le dé uso en cualquier tramo del proceso para notificar, citar, comunicar oficinas judiciales entre sí o hacia lo externo con oficinas públicas o privadas y también para el archivo, manejo, información, atención al usuario y para cualquier otro acto en el que la informática sirva para agilizar el procedimiento, sin importar su naturaleza. Es claro que la frase "sistemas informáticos" implica el uso de equipo y programas, pero también significa el manejo de información, que es lo vital y, por ende, ello se traduce en un flujo constante de dos o más vías de documentos electrónicos.

D.5 El documento electrónico en la Ley de Creación del Registro Nacional

El artículo 13 de esta ley autoriza a la Junta Administrativa del Registro Nacional a variar el sistema de secciones y libros de registros, por otros más eficientes, para el mejor servicio y la mayor seguridad de las inscripciones[53].

El 12 de mayo de 1995 se emitió el decreto 214322-J, que es el Reglamento de Organización del Registro Público como órgano del Registro Nacional, y se dejó sin efecto el decreto anterior, que era de 1979.

En la Ley de Creación del Registro Nacional hay solo una autorización para modificar los sistemas de inscripción. Es en el reglamento donde se hace todo un esbozo sobre el uso de la informática y otras técnicas en el proceso de inscripción y suministro de información a los usuarios.

El reglamento introduce, en su artículo 1, una autorización para utilizar las "técnicas de la informática, de microfilm y otra tecnología moderna"[54], aunque esto no fue ninguna novedad, porque desde la década de los años 70 se venían dando los primeros pasos en la modernización y mecanización del Registro Público. El 23 de abril de 1979, con la introducción del cómputo y la microfilmación[55] se logró "renovar las viejas técnicas de inscripción que se venían haciendo en forma manuscrita y mecanográfica"[56].

El microfilme, de conformidad con el artículo 33 del reglamento, tiene como función principal "permitir que los usuarios consulten la información registrada en la Institución", y aunque ha sido sustituido por la digitalización[57] en la mayoría de los casos, todavía se conserva su funcionamiento en lo relativo a la constitución de sociedades y sus reformas, ya que por su naturaleza es más fácil de consultar por parte del público.

Las reproducciones de documentos digitalizados o microfilmados son la base para constituir certificaciones para cualquier efecto y, en el caso de los primeros, son documentos informáticos, pues son emitidos por un computador a petición del operador.

Otro documento informático que el Registro Público emite es el informe registral; no tiene el carácter de una certificación, contiene una copia de la información contenida en la base de datos y es emitido por los medios técnicos que determinen la dirección o la subdirección, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 75 y 84 del reglamento.

En lo que a seguridad se refiere, ni la ley ni el reglamento establecen sanciones para el momento en que los funcionarios cometan abusos, causen daños o alteraciones en la base de datos de la institución, mediante el empleo de su clave personal, ya sea en forma intencional o negligente.

En vista de esta situación, es obvio que en caso necesario se debe acudir a la legislación civil o penal vigente, según sea el caso.

---

53. *Ley de Creación del Registro Nacional*, Ley 5695 del 28 de mayo de 1975, artículo 13.
54. *Reglamento de Organización del Registro Público*, Decreto N° 24322-J del 12 de mayo de 1995, art. 1.
55. La microfilmación es un medio auxiliar de la publicidad registral, que garantiza plenamente el principio de la literalidad, en relación con los actos o contratos registrables presentados al Registro. (Artículo 78 del reglamento).
56. POCHET CABEZAS, Enrique. "El Registro Nacional: una experiencia en informática jurídica", Segundo Seminario de Informática Jurídica, Ponencias, San José, Costa Rica, 1985, noviembre 6 -8, pág. 5.
57. La digitalización es definida como un medio auxiliar de la publicidad registral que consiste en la captura de imágenes por medio de un almacenamiento y captura, utilizando un dispositivo electrónico, las cuales se guardan en la base de datos y pueden ser consultadas (artículo 77 del reglamento citado).

D.6 El documento electrónico en el Código Procesal Penal

Analicemos un poco qué sucede con el documento electrónico en nuestro Código Procesal Penal, para ello haremos una revisión del articulado en estricto orden numérico.

El artículo 106, relativo al número de defensores de un imputado, especifica que cuando sean dos, la notificación practicada a uno de ellos tendrá validez respecto de todos. Como ya hemos analizado, si alguno de ellos solicita que se le practiquen notificaciones por medios informáticos y documentos electrónicos, deberá estar atento de comunicarle a su codefensor en el momento en que reciba la información de interés para ambos.

El artículo 138, en lo que al reemplazo del acta se refiere, autoriza que se le sustituya por otra forma de registro; en esta hipótesis el que preside el acto determinará el resguardo conveniente para garantizar la inalterabilidad y la individualización futura. Esta información, que estará contenida en un soporte magnético, será un documento electrónico.

El artículo 149 prevé la posibilidad de que en caso de destrucción, pérdida o sustracción de un expediente, este pueda sustituirse acudiendo a los archivos informáticos del tribunal, es decir al documento electrónico que se encuentra latente en los medios magnéticos del tribunal.

El artículo 155 establece que las resoluciones deberán notificarse dentro de las 24 horas después de ser dictadas, salvo que el tribunal disponga un plazo menor. Es difícil creer que esta norma se cumple a cabalidad cuando se pone en práctica un método de notificación análogo o tradicional; sin embargo, cuando entra en juego la hipótesis de la notificación por medios informáticos el panorama es otro, siendo las 24 horas más que suficiente para cumplir con la notificación. Aquí, nuevamente, la información enviada será contenida en un medio magnético, constituyéndose en un documento electrónico.

El artículo 156 dispone quién será la persona encargada de realizar las notificaciones y qué se debe hacer cuando haya que notificar una resolución fuera del asiento del tribunal, ya sea solicitando el auxilio de otra autoridad o trasladando al funcionario hasta el lugar respectivo. Una vez más, el documento electrónico sería de sumo valor en esta situación, por cuanto en la notificación por medios informáticos no tiene importancia la ubicación del destinatario donde se depositará la información, ya que puede ser un servidor ubicado frente al tribunal o uno localizado en China, México o en cualquier parte del mundo.

El artículo 157 indica que el sitio señalado para notificaciones debe estar dentro del perímetro judicial del despacho. En el caso de la notificación por medios informáticos este detalle no tiene importancia, porque como ya se indicó supra, la dirección electrónica por notificar puede tener como destinatario un servidor al otro lado del mundo y ello será intrascendente para el cumplimiento efectivo de la notificación.

El artículo 160 prevé que cuando el interesado expresamente lo acepte se le podrá notificar por carta certificada, facsímil, cualquier medio electrónico o sistema autorizado por la Corte Suprema de Justicia, siempre que no cause indefensión. Tenemos aquí otra puerta abierta para el uso del documento electrónico como forma de notificar resoluciones, el cual también se puede emplear en la hipótesis del artículo 163, que se refiere a las notificaciones en caso de urgencia.

El artículo 165 tiene previsto que para cuando sea necesario citar a una persona, ello podrá realizarse por cualquier medio de comunicación, incluyéndose el correo electrónico, que transmite documentos electrónicos.

En el numeral 166 existe otra hipótesis de uso potencial del documento electrónico y se refiere a los casos en que el Ministerio Público quiera comunicarle alguna actuación a una persona, pudiendo realizar dicha labor por cualquier medio que garantice la recepción del mensaje.

En lo que a la prueba se refiere, el Código Procesal Penal tiene previsto, entre otros, el principio de libertad probatoria (artículo 182)[58] y él nos permite colegir que un documento electrónico fácilmente ten-

58. "Artículo 182.- Libertad probatoria. Podrán probarse los hechos y las circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa de la ley."

dría cabida en un proceso. El problema se presenta a la hora de sopesar la autenticidad de su origen y su credibilidad en cuanto a su contenido.

El artículo 225[59] dispone que los "documentos" incorporados al procedimiento podrán ser exhibidos al imputado, a los testigos y a los peritos, pero no define lo que es un documento. Sin embargo, es claro que si conjugamos este artículo con los otros analizados podremos concluir que esos documentos podrían estar contenidos en soportes magnéticos, siendo entonces documentos electrónicos.

Por otro lado, el artículo 234[60] podría ser un portillo abierto por donde podríamos introducir un documento electrónico al proceso penal, pero queda vigente todavía el problema supracitado, que se relaciona con su autenticidad y credibilidad.

Aunque puede haber más normas que contengan hipótesis como las que hemos visto, consideramos que las analizadas son las más importantes y las que nos dejan claro que el documento electrónico ya está en nuestro proceso penal y espera ser usado en forma intensiva, ojalá en conjunto con la tecnología de la firma digital, ya que esto redundará sensiblemente en una baja considerable en el tiempo de duración de los procesos penales y de cualquier otra materia donde se llegue a implementar su uso.

D.7 El documento electrónico en el proyecto de Código Penal

Después de analizar cuál es el tratamiento que nuestro legislador pretende dar al tema del documento electrónico en el proyecto de Código Penal, que vendrá a regirnos una vez aprobado por la Asamblea Legislativa, obtuvimos el siguiente resultado.

El primer artículo que lo menciona, aunque en forma indirecta, es el 203, que literalmente, hasta este momento, está redactado así: "Publicación de ofensas: Quien publique, informe o reproduzca por un medio de comunicación escrito, radial, televisivo o por cualquier impreso o medio electrónico de imagen o sonido, ofensas al honor inferidas por otro, será sancionado con la pena de cincuenta a ciento cincuenta días multa" (el subrayado es nuestro)[61].

Aunque no se hace referencia directa al concepto de documento electrónico ni lo define, reconoce que se pueden llevar a cabo ofensas contra el honor por medios electrónicos de imagen o sonido, lo cual es un avance con respecto a la situación actual, porque se incluye ahí el fax, el correo electrónico, las sesiones de comunicación (chat) en sitios de conversación de Internet, teleconferencia, las páginas Web, etc.[62]

Pero el enfoque dado es insuficiente, sobre todo porque no se menciona nada respecto de la autenticación del contenido y la procedencia de los mensajes, de ahí que la forma de lograr probar algo de estos aspectos quedaría en una situación idéntica a la actual.

El segundo artículo que hace referencia al documento electrónico es el artículo 222:

Hurto calificado agravado: "*El hurto se sancionará con pena de prisión de tres meses a tres años, si el valor de lo sustraído no excede de cinco veces el salario base, y de uno a ocho años, si es mayor de esa suma, en los siguientes casos: 1. Cuando el hurto sea de animales, frutos, productos o elementos que se encuentren en uso para la explotación agropecuaria; 2. Cuando se comete aprovechando las facilidades provenientes de un estrago, de una conmoción pública o de un infortunio particular del damnificado; 3. Cuando se hace uso de procedimientos o mecanismos que sin ejercer fuerza permitan el acceso o ingreso, tales como ganzúas, llaves, claves, tarjetas magnéticas o perforadas, mandos u otros instrumentos que cumplan esa función; 4. Cuando es de equipaje de viajeros; 5. Cuando sea de vehículo de tracción humana, animal o motriz; 6. Si es de bienes de valor científico, artístico, histórico, monumental, religioso, de seguridad o de servicio público, cuan-*

59. "Artículo 225.- Exhibición de prueba. Los documentos, objetos y otros elementos de convicción incorporados al procedimiento podrán ser exhibidos al imputado, a los testigos y a los peritos, para que los reconozcan o informen sobre ellos. Los elementos de carácter reservado serán examinados privadamente por el tribunal; si son útiles para la averiguación de la verdad, los incorporará al procedimiento, resguardando la reserva sobre ellos."

60. "Artículo 234.- Otros medios de prueba. Además de los medios de prueba previstos en este Código, podrán utilizarse otros distintos, siempre que no supriman las garantías y facultades de las personas ni afecten el sistema institucional. La forma de su incorporación al procedimiento se adecuará al medio de prueba más análogo de los previstos."

61. Al respecto se puede consultar: Comisión Especial Mixta para Estudiar y Dictaminar todos los proyectos relacionados con el ordenamiento jurídico penal y procesal penal que se encuentren en la corriente legislativa "Código Penal", dictamen afirmativo unánime, expediente N° 11.871, 14 de abril de 1998.

62. Para analizar cada caso concreto, habrá que tener muy presente las reglas relativas a la territorialidad de la ley penal.

do, por el lugar en que se encuentren, estén destinadas al servicio, a la utilidad o a la reverencia de un número indeterminado de personas, o librados a la confianza pública; 7. Cuando sea cometido por dos o más personas. 8. Cuando se realice por medio de la manipulación de datos o de la intervención en soportes de información electrónicos, magnéticos o de otras tecnologías".

Aunque esta disposición no menciona directamente "el documento electrónico" y tampoco lo define, es obvio que cuando el inciso 8) especifica que si el hurto se realiza por manipulación de datos o de la intervención en soportes de información electrónicos o de otras tecnologías, lo que se está tutelando aquí, más que la propiedad privada, es la integridad de los datos o la información que contiene un documento electrónico.

Recordemos que una alteración o sustracción de información puede darse sin que seamos despojados de la propiedad o de nuestro dominio sobre ella.

Podemos afirmar que la incorporación de este inciso es un aspecto valioso y demuestra voluntad de actualización de parte de nuestro legislador, es decir, un anhelo de poner a tono nuestro Derecho Penal con el ritmo de los avances tecnológicos que hoy día nos han llegado, nos rodean y, más aún, nos inundan con abrumadora rapidez.

Pensamos que este inciso debe redactarse de mejor manera, para que llegue a constituirse en una verdadera arma contra los delitos informáticos y venga a proteger un bien jurídico que en la actualidad está prácticamente indefenso: la integridad de la información (datos), contenida en soporte magnético.

Está claro que nuestros legisladores pueden asesorarse con especialistas del ramo, que podrían encontrar una mejor redacción al inciso propuesto, una que no sea ambigua, ni general, pero tampoco lo contrario. Debe hallarse una fórmula garantista pero efectiva, que sea viable, para que no se convierta en letra muerta.

La tercera y última norma que hace referencia al documento electrónico, aunque tampoco lo define, es:

"Artículo 242: Daño calificado agravado: La sanción será prisión de seis meses a tres años, cuando el daño se produzca en las siguientes circunstancias: 1. Si se perpetra en bienes de valor científico, artístico, histórico, monumental, religioso, de seguridad o de servicio público, cuando, por el lugar en que se encuentren, estén destinados al servicio, a la utilidad o a la reverencia de un número indeterminado de personas, o librados a la confianza pública; 2. Cuando se perpetre con amenazas o violencia en las personas, o con fuerza; 3. Cuando es perpetrado por dos o más personas; 4. Cuando recaiga sobre documentos, archivos electrónicos, magnéticos o de nuevas tecnologías, programas de computadora o sus bases de datos; o los componentes de los aparatos, máquinas o accesorios que apoyan el funcionamiento de sistemas informáticos" (el subrayado es nuestro).

Se tutela aquí, además de la propiedad privada, la integridad de la información electrónica que puede estar contenida en documentos, archivos electrónicos, magnéticos o de nuevas tecnologías, programas de computadora o sus bases de datos; o los componentes de los aparatos, máquinas o accesorios que apoyan el funcionamiento de sistemas informáticos.

Para el legislador, la alteración o destrucción de la información electrónica y de los medios donde está contenida será una forma calificada agravada de daño. Es este el único artículo que contempla y protege específicamente lo que hemos denominado un documento electrónico. Si el Poder Judicial en el futuro, que esperamos sea cercano, logra abrir el sistema de consulta de expedientes a un acceso remoto, mediante la plataforma denominada Seintex, o cualquier otra que se llegue a desarrollar, esta norma vendría a proteger la integridad de los datos que podrían ser accesados por los abogados y las partes.

Como hemos observado, nuestro legislador pretende darle un impulso a nuestra ley penal contemplando el documento electrónico como entidad susceptible de ser protegida, tutelada, amparada, dentro del conglomerado de bienes jurídicos. Sin embargo, pensamos que muchos aspectos han quedado por fuera y el proyecto debe remozarse, con el propósito de hacerlo actual y funcional.

E. La teoría de la prueba y el documento electrónico

Estamos de acuerdo en que la revolución informática de este siglo ha llegado hasta las regiones más recónditas del planeta, aunque no de forma igualitaria, ni democrática, por cuanto existen algunos país-

ses que tienen mucho desarrollo en este campo y otros muy poco[63].

En la actualidad, casi todo tiende a simplificarse, por ejemplo, la instrumentación de los actos jurídicos o las complejas relaciones internacionales originadas en los movimientos de capitales, concertación de negocios bajo los esquemas de joint ventures, outsourcing, holdings, franchises, leasings, etc. La tendencia nos lleva hacia la despersonalización de las relaciones económicas y la desmaterialización de los actos jurídicos, esto implica que pronto se va a sepultar para siempre la civilización cuyo principal soporte fue el papel[64].

"El papel ha servido para los fines para los que fue creado, receptar, conservar y cuando era necesario recuperar la información relativa a un acto o hecho jurídico, si a ello se unía la firma autógrafa de los otorgantes del acto, las exigencias de seguridad se consideraban colmadas y nada había que observar o cambiar."[65]

Hoy día se busca prescindir del papel, es un imperativo insoslayable por razones prácticas (ocupa mucho espacio en nuestras casas, oficinas, archivos, bibliotecas, etc.), económicas (mediante un estudio realizado por General Motors se determinó que los costos para producir y conservar la documentación necesaria para la fabricación de un automóvil ascienden a cerca del 10% del valor de mercado del producto terminado)[66] y ecológicas (sabemos que para producir una tonelada de papel deben procesarse varias docenas de árboles y miles de galones de agua, además de electricidad y cloro, produciéndose como resultado mucha contaminación), de ahí que en las distintas naciones se estén realizando esfuerzos por darle valor al documento electrónico, mediante el dictado de leyes en dicho sentido, por ejemplo la Ley sobre el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de España, número 30 de 1992, el Real Decreto Ley de 1999 sobre estos temas, la ley del Estado de Utah, la ley modelo de la CNUDMI para las Firmas Electrónicas o tipo de las Naciones Unidas, de enero de 2001, etc.

La desmaterialización es doble: por una parte, el objeto de la transmisión, es decir, la información, es siempre inmaterial y, por otra parte, esta transmisión tiende a operar sin fijación durable y casi sin incorporación de la información a soporte material alguno.

Lo cierto es que sería altamente recomendable que se llegara a implantar un sistema en el cual, como ya dijimos atrás, se logren tramitar todos los legajos en forma digital o electrónica y se cuente con el respaldo de una ley que brinde definiciones y directrices en este campo. Lo anterior definitivamente vendría a agilizar de gran manera la tramitación de las causas, y ahorraría tiempo a los funcionarios, no solo del Poder Judicial, sino también de otras instituciones y permitiría una mejor inversión del gasto público, de muchos miles o, por qué no, millones de colones del erario público, que por ende son de todos los costarricenses.

Aparte de lo mencionado, sería muy provechoso que con los medios informáticos que están a nuestra disposición en la actualidad, las autoridades que tienen a su cargo la administración de justicia y los órganos auxiliares, pudieran acudir a un solo sitio en búsqueda de directrices e instrucciones. Por ejemplo, si los fiscales desearan saber si es correcto o no citar testigos para recibirles una declaración formal, lo ideal sería que pudieran accesar algún sitio en Intranet o Internet, en el que se puedan localizar las últimas instrucciones, circulares, recomendaciones, que tengan relación con su desenvolvimiento profesional, o incluso proponer el desarrollo de un foro virtual, donde dejarían plasmadas sus inquietudes en espera de respuestas, las que podrían recibirse de inmediato o en el transcurso de horas, días o semanas, enriqueciendo el quehacer jurídico judicial y nacional.

63. Para profundizar en estos conceptos relacionados con los países "infopobres" e "inforicos", el ciberespacio como anulación de las fronteras, la informatización de la sociedad, la globalización y la cibersociedad, se puede consultar JOYANES, Luis. *Cibersociedad: los retos sociales ante un nuevo mundo digital*. Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1997.

64. Así como en la prehistoria tuvimos la edad de piedra (neolítico y paleolítico), la edad del fuego y la de los metales, nuestra historia a partir de Johannes Gutenberg (1400-1468) podría considerarse como la edad del papel impreso mecánicamente. Durante muchos siglos el papel ha sido el soporte material de los diversos actos jurídicos que acompañaron al hombre desde su nacimiento hasta la muerte, pasando por todos aquellos cuya trascendencia social o económica imponía su necesaria documentación y conservación. Toda la teoría del documento giró como algo indiscutible alrededor del papel, hasta que las necesidades de la vida moderna impusieron un cambio.

65. DARÍO BERGEL, Salvador. "El Documento Electrónico y la Teoría de la Prueba". En *Revista de Derecho Privado y Comunitario*: Prueba - I, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 1993, pág. 138.

66. INFORME EDIFORUM, Il documento electtronico, trasmissione e conservazione, Pelliconi, Roma, 1996, pág. 45, citado por DARÍO BERGEL. Op. cit., pág. 139.

Ahondando en lo dicho, sabemos que aunque actualmente por medio de la Intranet del Poder Judicial se pueden consultar las últimas respuestas de la Comisión de Asuntos Penales a consultas planteadas y la jurisprudencia de las salas de la Corte, muchas veces las dudas que se desprenden de la práctica diaria necesitan una respuesta expedita, por ello sería muy valioso, primero, que el acceso a estas herramientas se extienda a todas las oficinas del Poder Judicial y, segundo, que se organicen foros virtuales abiertos, siempre en forma ininterrumpida, es decir permanentes, donde los interesados puedan hacer sus consultas y reciban las respuestas de los especialistas, que pueden ser sus propios compañeros, en forma inmediata o al menos en un corto plazo, ya que ello contribuiría a enriquecer la práctica del Derecho, aunar conceptos, descubrir o eliminar vicios o malas interpretaciones de la ley.

Todo se haría con el propósito de lograr uniformidad y univocidad en la aplicación de las normas jurídicas.

Lo mismo sería configurable para todos los otros operadores del sistema legal del país. Ello ahorraría mucho tiempo y evitaría el que se den prácticas contradictorias en distintas zonas del país, lo que atenta contra la seguridad jurídica y provoca incertidumbre en los administrados.

Desde el punto de vista de la teoría de la prueba, el documento electrónico y la firma digital no necesitan de un trato especial, sobre todo en materia penal donde prevalece el principio de libertad probatoria, de ahí que no se estima necesario en este momento hacer un amplio análisis de la confrontación resultante de dichos institutos.

F. El gobierno digital y la gestión judicial electrónica en el mundo

Existen otras naciones en el mundo que ya están avanzando en el desarrollo del gobierno digital y la gestión judicial informatizada, por ejemplo en Perú existe un cibertribunal, también en Estados Unidos se cuenta con un centro de información y asesoría para la informatización de las cortes, se denomina The National Center for State Courts y se puede accesar a dicho lugar en la dirección www.ncsonline.org.

Sudáfrica es una nación donde existe un proyecto muy avanzado de e-justice o justicia electrónica y para lograr su puesta en marcha lo que se ha hecho es configurar herramientas de programación comerciales, con el fin de adecuarlas a las necesidades del departamento de justicia. Para ello reunieron conocimientos provenientes de Estados Unidos, Austria y el Reino Unido; en el primer país visitaron una corte electrónica experimental en Richmond, Virginia y analizaron técnicas de manejo de prisiones en Tennessee y Salt Lake City, también se analizó el caso de un proyecto fallido en justicia electrónica en New Brunswick, Canadá. Para más información se puede consultar www.govtech.net/publications/gt/2000/ 142.phtml.

Otro lugar de la Internet donde se pueden obtener datos acerca de los esfuerzos que se realizan en el mundo por la implementación del gobierno digital y la justifica informatizada es el siguiente: www.govtech.net/magazine/story.phtml

Estonia, independiente desde 1990, es un ejemplo para el mundo de lo rápido que puede ponerse en práctica un gobierno digital.

Finalmente, para concluir este análisis podemos mencionar que existen empresas privadas que venden paquetes informáticos para la automatización o digitalización de la justicia, una de ellas es la TRW, que proporciona "sistemas de justicia" que comprenden el manejo de las fuerzas policiales y sus funciones, la administración de cárceles, la gestión judicial y todas las funciones de soporte (notificaciones, advertencias, imágenes, calendarios, registros, etc.) de dicha función. Sobre esta empresa se puede obtener información en www.trw.com/productsandservices.

Definitivamente, la desmaterialización avanza a pasos agigantados y el mundo lo sabe, por ello los países hacen esfuerzos por incorporarse a este movimiento, tanto es así que se realizan seminarios y convenciones donde se analizan estos fenómenos; por ejemplo, se realizó uno en Seattle, Washington, EE.UU. en agosto de 2001 y otro en Europa en noviembre de este año.

Costa Rica tiene las piezas necesarias para avanzar rápido y beneficiar a los administrados con este cambio, lo único que necesitamos es liderazgo y decisión para comenzar a armar este rompecabezas y dar el paso siguiente hacia el desarrollo.

También es necesario indicar que con el desarrollo de estas nuevas tecnologías no debe pasarse por alto que es importante reforzar la tutela del ámbito de intimidad de las personas. Para nadie es un secreto que cada día más somos ciudadanos de cristal, transparentes y nuestros datos personales son incluso objeto de lucro por parte de empresas que comercian con ellos, de ahí que sea indispensable brindarles la protección que se merecen, tal y como ya se ha hecho en otros países[67].

Conclusiones

Hemos podido constatar que Costa Rica ya cuenta con legislación relacionada con la figura del documento electrónico, ya que tanto en las leyes analizadas como en otras, que por razones de espacio y de la naturaleza breve de este estudio no se han podido tocar, está prevista la existencia de dicha figura.

Lo valioso del esfuerzo desplegado consiste en comprobar que nuestro país no está al margen del avance de los institutos como el documento electrónico, más bien, por el contrario, su tratamiento ha sido más profuso que el que se le ha dado a dichas realidades en otras latitudes.

El advenimiento de la sociedad de la información es algo a lo cual no podemos escapar y lo vivimos todos los días, cuando vemos televisión, oímos radio, utilizamos Internet, enviamos un correo electrónico, incluso al conversar en un salón virtual con desconocidos o amigos, participamos en un foro especializado sobre algún tema de nuestro interés o en una teleconferencia, etc. Pretender negar este fenómeno sería como estar frente al monte Everest y no querer verlo, pensando que si no lo hacemos dejará de existir en lo que a nuestra humilde individualidad se refiere; no obstante dicha actitud, el coloso seguiría ahí esperando ser conquistado, una y otra vez, por todos los visionarios y aventureros que se atrevieren a retarlo.

El bombardeo de información, del cual somos objeto todos los días, es una prueba palpable de que estamos formando parte de la sociedad de la información y, mejor aun, de la cibersociedad o sociedad digital. Debemos asumir una actitud neofílica e integrarnos a ella, tratando de emplear todas las herramientas que nos brinda a fin de extraerle el mejor provecho posible en todas las tareas que se nos han encomendado.

El documento electrónico y la firma digital, definitivamente, deben emplearse con todos su beneficios en la gestión judicial y concretamente en la administración de justicia, el no hacerlo significaría el anquilosamiento del sistema y su entrabamiento irremediable. Para salir de la mora judicial tenemos que dar mayor fluidez a la información, generar conocimiento en forma oportuna y permitir que las decisiones se tomen en forma rápida, exacta y con precisión quirúrgica.

De lo anterior se puede colegir que la desmaterialización o despapelización, se impone también como corriente en la gestión judicial, tal y como ya está ocurriendo en muchos países. Cierto es que las ventajas son mayores que las desventajas y, al final, el empleo intensivo de las nuevas tecnologías redundará en una mejor atención para el administrado.

Es claro que cada día somos ciudadanos más transparentes, prácticamente de cristal, por ello debe también implementarse la forma de proteger nuestra intimidad y específicamente nuestros datos personales, a fin de que no se conviertan en objeto del comercio entre los hombres, lo cual es deplorable; por ello, sería sumamente valioso que junto con iniciativas como el proyecto de Ley de Firma Digital, se aprobara también la legislación referente al hábeas data, que daría un instrumento para que el ciudadano común pueda proteger su intimidad, sus datos personales de los inescrupulosos que quieren hacer dinero a cualquier costo, sin importarles los perjuicios que ello pueda acarrear.

Cierto es que los aportes que las nuevas tecnologías de la información y la comunicación pueden brindar a la gestión judicial van más allá del documento electrónico y la firma digital, pensemos, por ejemplo, en el teletrabajo, con todas sus implicaciones, entre ellas la disminución de la tensión causada

67. CARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana. *La protección de los datos personales en el Derecho español*, Dykinson 1999, Universidad Carlos III Madrid, además CAMPUZANO TOMÉ, Herminia. *Vida privada y datos personales*, Editorial Tecnos, Madrid 2000; RUBIO FERREIRA, Delia Matilde. *El derecho a la intimidad*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1982; PIERINI, Alicia y LORENCES, Valentín. *Derecho de acceso a la información*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999; VILLALOBOS QUIRÓS, Enrique, *El derecho a la información*, Editorial UNED, San José, Costa Rica, 1997.

por los estancamientos del tránsito vehicular que sufrimos todos los días cuando vamos a nuestro trabajo, el ahorro de combustibles para el país, la disminución de la polución tanto sónica como atmosférica, el aumento del rendimiento del empleado, la supervisión más cercana de nuestros hijos, etc. Otro gran adelanto es la teleconferencia. Recientemente un médico cirujano pudo operar a una paciente que se encontraba en Europa, mientras él estaba en América, pero no lo hizo simplemente dando instrucciones a otro profesional para que realizara la cirugía, lo hizo él mismo manejando instrumentos quirúrgicos a control remoto; en fin, las posibilidades de estas herramientas para la administración de justicia son extensas.

Otro aspecto provechoso que podría extraerse de las TIC sería el de los foros virtuales, donde día tras día los profesionales que administramos justicia podríamos discutir temas de interés para nuestra labor, haciendo preguntas y obteniendo respuestas, llevando a cabo un verdadero proceso de retroalimentación que ayudaría a lograr una actualización uniforme de todos los operadores de la justicia y minimizaría la práctica de costumbres irregulares, procesalmente innecesarias y eventualmente ilegales. En dichos foros se podría conversar en una forma democrática y horizontal, sin que tenga importancia la jerarquía de los participantes, siendo lo verdaderamente trascendental el valor de sus aportes, de la información que brinde y el conocimiento que de ella se pueda desprender.

Definitivamente, estamos en una buena senda y ahora que iniciamos la marcha no debemos detenernos ni siquiera para tomar impulso. La despapelización o desmaterialización ya es una realidad en muchas latitudes y en muchos lugares donde nunca se pensó que podía ocurrir.

Costa Rica debe seguir esta tendencia y si es posible marcar el paso, avanzar a la vanguardia en esa búsqueda incansable del mejoramiento de las gestiones de gobierno y particularmente la judicial, con el fin de que quien reciba los resultados positivos sea el usuario, nuestra razón de ser.

Fuentes consultadas

AZPILCUETA, Hermilio Tomás. *Derecho Informático.* Buenos Aires, Editorial Albeledo-Perrot, Argentina, 1987.

BICK, Jonathan. *Internet Law: 101 things you need to know about.* Three Rivers Press, New York, U.S.A., First Edition, 2000.

CAMELLI LACZKO, Matilde: *Archivo de la administración financiera en imágenes digitales con pleno valor jurídico y probatorio de originales,* en ALTMARK, Ricardo y BENNA, Ramón Gerónimo. *Informática y Derecho: aportes de doctrina internacional: Comercio electrónico,* Volumen 7, Ediciones Depalma, Buenos Aires.

CAMPUZANO TOMÉ, Herminia. *Vida privada y datos personales,* Editorial Tecnos, Madrid, España, 2000.

CARLINO, Bernardo P., *Firma digital y Derecho Societario Electrónico,* Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1998.

Comisión Especial Mixta para Estudiar y Dictaminar todos los proyectos relacionados con el ordenamiento jurídico penal y procesal penal que se encuentran en la corriente legislativa "Código Penal", dictamen afirmativo unánime, expediente Nº 11.871, 14 de abril de 1998.

CROWLEY, David y HEYER, Paul. *La comunicación en la historia: tecnología, cultura y sociedad.* Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona, 1997.

DARÍO BERGEL, Salvador. "El documento electrónico y la teoría de la prueba". En *Revista de Derecho Privado y Comunitario:* Prueba - I, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 1993.

DAVARA, Miguel A., *Manual de Derecho Informático,* Editorial Aranzadi, Madrid, 1997, pp. 327-348 y sobre el documento electrónico.

DE ROSNAY, Joël. *El hombre simbiótico: miradas sobre el tercer milenio,* Cátedra Teorema, Barcelona, 1995.

GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana. *La protección de los datos personales en el Derecho español,* Universidad Carlos III, Dykinson, 1999.

GUBERN, Román. *El eros electrónico,* Editorial Taurus, Madrid, 2000.

GUIBOURG, Ricardo A.; ALENDE O., Jorge, CAMPANELLA, Elena. *Manual de Informática Jurídica,* Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996.

JOYANES, Luis. *Cibersociedad: los retos sociales ante un nuevo mundo digital.* Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1997.

KNORR, Jolene Marie y ROLDÁN SAUMA, Marcelo, *La protección del consumidor en el comercio electrónico,* Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 2001.

LESMES SERRANO, Carlos. *Las nuevas tecnologías y la administración de justicia. La Ley 1/2000, de 7 de*

enero, de Enjuiciamiento Civil. En Derecho de Internet: Contratación Electrónica y Firma Digital. Madrid, Aranzadi Editorial, 2000.

LEY DE CREACIÓN DEL REGISTRO NACIONAL, Ley 5695 del 28 de mayo de 1975, artículo 13.

LEY DE JUSTICIA TRIBUTARIA, Nº. 7535 del 1º de agosto de 1995, artículo 93.

LÓPEZ CEBADA, Juan Jesús. *Breves consideraciones sobre las posibilidades subyacentes en el uso de la firma electrónica avanzada.* En Revista Electrónica de Derecho Informático R.E.D.I., disponible en *http://www.vlex.com/Redi,* o *http://www.publicaciones.derecho.org/redi.*

MARTÍNEZ NADAL, Apolonia. *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación,* Civitas, Madrid, 2000.

MONTOYA BARRIOS, Julio Rafael, *El documento informativo y la seguridad jurídica desde el punto de vista de la función notarial,* Editorial Derecho Colombiano Ltda., 1992.

MORÓN LERMA, Esther. *Derecho y proceso penal: Internet y Derecho Penal, hacking y otras conductas ilícitas en la red,* Editorial Aranzadi, Madrid, 1998.

MOYA, Eugenio. *Crítica de la razón tecnocientífica,* Editorial Biblioteca Nueva, S.L., Madrid, 1998.

PALAZZI, Pablo A. *Delitos informáticos,* Ad Hoc S.R.L., Buenos Aires, 2000.

PALMA, José e INFANTES, Roca. *El amor en los tiempos del chat,* Editorial Planeta S.A., Barcelona, 2000.

PIERINI, Alicia y LORENCES, Valentín. *Derecho de acceso a la información,* Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999.

POCHET CABEZAS, Enrique. "El Registro Nacional: una experiencia en informática jurídica", Segundo Seminario de Informática Jurídica, Ponencias, San José, Costa Rica, 1985, noviembre.

REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN DEL REGISTRO PÚBLICO, Decreto Nº 24322-J del 12 de mayo de 1995, art. 1.

REVISTA ELECTRÓNICA DE DERECHO INFORMÁTICO (R.E.D.I.), disponible en *http://www.vlex.com/Redi.*

RUBIO FERREIRA, Delia Matilde. *El derecho a la intimidad,* Editorial Universidad, Buenos Aires, 1982.

SANCHÍS CRESPO, Carolina. *La prueba por soportes informáticos,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

SARRA, Andrea Viviana. *Comercio electrónico y Derecho.* Astrea, Buenos Aires, 2000.

TORBEN RUDOLPH, Mark, *Correo electrónico: qué fácil,* Alfaomega Grupo Editor S.A. de C.V., México, 1998.

VILLALOBOS QUIRÓS, Enrique, *El derecho a la información,* Editorial UNED, San José, Costa Rica, 1997.

Direcciones de Internet

http://www.abog.net.

http://www.EcommerceTimes.com/news/articles2000/000711-3.shtml.

http://www.ibm.com/security ó también
http://www.entrust.com ó
http://www.cybetrust.gte.com ó
http://www.versign.com ó
http://www.access.digex.net/pcwpage.html.

http://www.nsml.com/forensic/computing/forensic-computing.htm

http://aequitas.encomix.es

internet@el-mundo.es o en http://www.El-mundo.es

DR. ÁLVARO HERNÁNDEZ AGUILAR*

La prenda sobre títulos valores y anotaciones en cuenta

I. Introducción

El mundo económico actual funciona con base en el crédito. Tanto las familias como las empresas realizan sus actividades no solo con las disponibilidades económicas que tienen, de una forma *efectiva*, sino que aprovechan sus expectativas de ingresos para poder disponer de dinero antes de que estas se hagan realidad.

Para la obtención del crédito se requiere la concurrencia de una legislación que ofrezca *un buen sistema de garantías* y que, a su vez, brinde ventajas al deudor y seguridad al acreedor. En el ámbito de las garantías reales, tradicionalmente se utilizan con suma frecuencia en nuestro país las garantías inmobiliarias "hipotecarias", así como las garantías mobiliarias sobre cosas "prenda".

Dado el escaso uso de la pignoración sobre títulos valores, así como la nueva modalidad de representación de derechos denominadas anotaciones en cuenta, se tratará de analizar, de manera general, las diferentes repercusiones que ofrece nuestro ordenamiento jurídico en relación con la prenda sobre los citados instrumentos, a fin de intentar ofrecer mayores posibilidades de utilización de esta modalidad pignoraticia de notable trascendencia en otras fronteras.

II. Concepto y características de la prenda sobre derechos

En sentido estricto y concretamente respecto de la prenda de cosas, se dice que la misma corresponde a un derecho real de garantía, en cuya virtud determinados bienes muebles del deudor, o de un tercero, quedan especial y preferentemente afectos al cumplimiento de una obligación, para lo cual se desplaza su posesión al acreedor o a un tercero, pudiendo el acreedor realizar su valor y satisfacer en él su crédito si, llegado el vencimiento de la obligación, esta no fuese cumplida[1].

Al amparo de la aludida conceptualización, se ha considerado que la prenda de un derecho real es igual a la de una cosa material y que lo único que las diferencia es el procedimiento para su realización. Por ello, se añade que el verdadero objeto de la prenda de derechos reales lo constituye la cosa objeto de estos. El acreedor pignoraticio tiene potestad directamente sobre ella, en cuanto que su voluntad se impone sobre la del pignorante, hasta el punto de poder exigir de este cuanto sea necesario. Así, el acreedor puede obtener incluso la posesión material de la cosa.

Partiendo de tal opinión, se ha manifestado que la prenda de un derecho real quedará constituida con la entrega de la cosa, único medio de imposibilitar al ti-

---

* Juez Segundo Civil de Mayor Cuantía de San José.

1. Véase LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil*, t. III, "Derechos Reales", vol. 2º, Barcelona, Bosch, 1989, p. 149.

tular del derecho pignorado que la utilice de hecho. Lo que, de otro modo, probablemente haría, aunque no debiera, distrayendo así la función de la garantía. Por ello, será necesario que se ponga en posesión de la cosa misma al acreedor pignoraticio, aunque –eso sí– a los únicos efectos de transmitir el derecho de prenda sobre ella. Todo este mecanismo debía ser así, por cuanto la inmaterialidad del derecho hace impracticable entregar la posesión y, por ello, imposibilita que el derecho mismo sea objeto directo de prenda.

La asimilación anteriormente descrita de la prenda sobre cosas en relación con derechos reales y con mayor intensidad sobre derechos de crédito, que corresponde al presente estudio, en la actualidad ofrece sustanciales diferencias producto de la evolución que se ha producido entre la pignoración de cosas respecto de los derechos. Tales transformaciones obedecen singularmente al aporte de la doctrina alemana[2], en el sentido que basta seguir los trámites necesarios para transmitir el derecho pignorado, sin necesidad de transferencia de la posesión de la cosa. Tal argumentación resulta lógica, pues es evidente que esta no es objeto de pignoración, sino exclusivamente el derecho sobre la misma. Y si el pignorante (o un tercero) destruyera la cosa, respondería ante el acreedor pignoraticio por la extinción consiguiente del derecho pignorado por falta de objeto, como cualquiera que hace perecer un derecho por la extinción de la cosa sobre la que recae[3].

La constitución de prenda sobre derechos en contraposición de las cosas, es producto de las grandes transformaciones producidas en los últimos decenios en el mundo de la economía, como consecuencia de la aceleración y dinamización del tráfico, que ha provocado un rápido desfase de los esquemas tradicionales del Código Civil. Por ello, resulta indispensable introducirnos en una breve evolución histórica respecto del régimen de garantías mobiliarias e inmobiliarias en general[4].

Inicialmente, en Roma, no se conocían formas reales de garantía, derivado de la importancia de la palabra empeñada. Sin embargo, poco a poco empiezan a desarrollarse también formas reales de garantía, entre las que destaca el "*pignus*", que se caracterizó por tener solo una función *coactiva del pago pero no satisfactiva del crédito*, la cual implicaba el traspaso de la posesión de un bien para presionar al deudor al pago de un crédito, pero no se incluía la posibilidad de poder vender este a fin de satisfacer su deuda con el producto de la venta. Sin embargo, tal limitación se fue revirtiendo y se admitió la posibilidad de que si no se producía el pago el acreedor pignoraticio podía quedarse con la cosa dada en garantía.

Así se llega a la época de los primeros códigos del siglo XIX, en la que los distintos países, siguiendo a la codificación Napoleónica, realizan una distinción tajante entre la prenda y la hipoteca. Así la primera, se reserva exclusivamente para las cosas muebles; su mecanismo de constitución es el traspaso posesorio, al que se añade la general necesidad de escritura pública; y su forma de publicidad es la propia posesión[5]. Por su parte, la segunda, sería solo para los bienes inmuebles, se constituye por la inscripción y su publicidad se basa en la que da el registro.

Con la inclusión de los derechos como objeto de prenda en la legislación alemana "BGB (cfr. art. 1273 y ss.)", la anterior esquematización del derecho napoleónico tendría que ser objeto de correcciones[6]. El camino alternativo con la regulación específica de la

2. CANO MARTÍNEZ DE VELAZCO, José Ignacio. *La posesión, el usufructo y la prenda de derechos*. Barcelona. José María Bosh Editor S.A., 1992, p. 49.
3. Tal apreciación presenta estrecha consonancia con lo regulado en el artículo 690 del Código Procesal Civil, referido al proceso de ejecución prendaria, al disponer: "Persecución de otros bienes. El certificado de prenda, o el documento que legalmente lo sustituya, debidamente inscrito, sólo dará derecho para perseguir los bienes pignorados. Para perseguir otros será indispensable que exista una resolución firme en la que se establezca un saldo en descubierto, y en ese caso podrá procederse, dentro del mismo juicio, a embargar y rematar esos bienes. Sin embargo, cuando se probare sumariamente que la garatía se ha desmejorado, o se ha extinguido por ejecución de una prenda de mejor grado, o por pérdida de la cosa o abandono del dueño, podrán perseguirse otros bienes en la vía ejecutiva común, para lo cual servirá de base el mismo título ejecutivo".
4. Escribe SALINAS ADELANTADO que en el ámbito de las garantías reales, la garantía hipotecaria ha presentado una notable influencia en relación con la prendaria. Dicha forma de garantía se caracteriza por estar inspirada en principios bastante rígidos, lo que no ha impedido el correcto funcionamiento del sistema hipotecario. Por ello, la necesidad de modificaciones en la regulación de las garantías mobiliarias se ha sentido de una forma mucho menos intensa. Esta circunstancia ha tenido una influencia directa en la prenda, para la que, no obstante las diferencias que presenta en relación con la hipoteca, se han utilizado los mismos esquemas conceptuales que para aquella. SALINAS ADELANTADO, Carlos. *El régimen jurídico de la prenda de valores negociables*. Valencia, Editoial Tirant lo Blanch, 1999, p. 31.
5. Para apreciar con más detalle la evolución operada respecto de la teoría de la posesión de derechos véase: CANO MARTÍNEZ DE VELAZCO, *op. cit.*, ps. 9-32.
6. En realidad, esa no es la primera modificación. Antes se encuentran todas las normas especiales que se introdujeron para la prenda mercantil. Primero con la reforma francesa del Código de Comercio de 23 de mayo de 1863; y luego con el Código de Comercio italiano de 1882. Modifi-

prenda de derechos, venía predispuesto por la elaboración pandectista de los *derechos sobre derechos* que se encuentran plasmados en la regulación prevista en el Código Civil alemán "artículos 1066 a 1084 y 1273 a 1296", respectivamente[7].

Por ende, es necesario insistir, que la prenda sobre derechos –incluidos los reales– no es una prenda de cosas. No es necesario que el pignorante entregue la cosa sobre la que recae el derecho pignorado al acreedor pignoraticio. Basta que transfiera a este el derecho pignorado a los limitados efectos de constitución sobre él de una garantía[8].

La prenda sobre derechos encuentra su factibilidad porque: 1°. Pueden, aun sin ser cosas materiales, ser objeto de otro derecho. 2°. Tienen un valor independiente de la cosa sobre la que recaen. 3°. Son poseíbles. 4°. El derecho pignorado subsiste íntegro tras su pignoración. Por ende, no es verdad que la voluntad superior y dominante del acreedor pignoraticio elimine a la del titular del derecho pignorado. Tal concepción no es más que un resabio de índole teórica e imaginaria. 5°. Igual que debe entregarse la posesión de una cosa corporal para constituir la prenda, puede, a tal fin, cederse la posesión del derecho, que en cuanto objeto de otro derecho, es como una cosa.

Consecuentemente, con respecto a la prenda, no se puede ya hablar de la necesidad de la posesión como elemento esencial, porque los derechos no son susceptibles de ser poseídos, de ahí que en legislaciones como la italiana "artículo 2800 del Código Civil y el 1527 del Código Civil español", determinan que es la notificación al deudor y no el traspaso de la posesión lo que determina la constitución de su prenda[9].

En nuestro medio se adoptó el mismo modelo legislativo previsto en el artículo 442 del Código Civil: *"La prenda de créditos se hará entregando el título al acreedor; pero no surtirá efecto contra el deudor, sino desde que se le haga saber..."*

El *modelo básico* del que parte el ordenamiento es la prenda de cosas (en sentido estricto). Por ello, sus normas deben servir supletoriamente para regular las otras clases de prendas. Sin embargo, esta aplicación supletoria debe realizarse con mucho cuidado, porque toda regulación del Código Civil está influida por la idea del traspaso posesorio y la naturaleza material del objeto de la prenda; elementos que faltan en otros tipos de prenda.

Partiendo de todas estas consideraciones, es posible brindar una definición orientativa de la prenda como: *aquel derecho que el deudor o un tercero concede sobre una cosa mueble (entendida en sentido amplio), para que esta permanezca especialmente reservada para la futura satisfacción del acreedor, y así, en caso de incumplimiento de la obligación, pueda utilizarla para cobrar su crédito con preferencia frente a otros acreedores del constituyente, incluso si la cosa ha pasado a la propiedad de un tercero.* Asimismo, y como características fundamentales de la prenda, es posible señalar las siguientes: 1) Naturaleza real. 2) Accesoria y 3) Indivisible.

III. La prenda de títulos valores

Lo relevante en este apartado se circunscribe a determinar cuál es el objeto de prenda de títulos valores: el título o el derecho representado por este, cuestionamientos estos ampliamente debatidos por la doctrina moderna[10]. En tal sentido, se impone dilucidar si el gravamen prendario opera en relación con el documento mismo, o, por el contrario, referido al derecho representado a través del documento.

---

caciones que consistieron fundamentalmente en una *flexibilización*, sobre todo, de la necesidad de escritura pública para la constitución y de intervención de la autoridad judicial para la ejecución de la prenda. SALINAS ADELANTADO, *op. cit.*, p. 89.

7. Véase GIL RODRÍGUEZ, Jacinto. La prenda de derechos de crédito. En: *Tratado de las garantías de la contratación mercantil*. Madrid, Civitas, T. II, Garantías Reales, Vol. 1, Garantías Mobiliarias, 1996, p. 340.

8. Véase CANO MARTÍNEZ DE VELAZCO, *op. cit.*, p. 49.

9. Expone GIL RODRÍGUEZ que en la instancia puramente teórica la proyección de un derecho subjetivo (usufructo o prenda) sobre otro cualquiera (derecho real o de crédito) ha venido a obtenerse por una de dos vías: 1ª Mediante la progresiva –a requerimiento de las necesidades prácticas– dilatación del *objeto del derecho subjetivo*, que partiendo de las cosas, llega a alcanzar tanto a las corporales como las *incorporales* y cuenta, entre estas, a los propios derechos subjetivos; 2ª. Tras la prefiguración dogmática de la categoría de *derechos sobre derechos*, elevando a premisa general esta posibilidad y dejando entrever (o llegando a asegurar) que, *al lado, a imagen y con igual naturaleza* que cada estructura típica proyectada sobre cosas, autoriza la duplicación si va referida a derechos. *Op. cit.*, p. 339.

10. Para ampliar en este punto v. VIGUERA RUBIO, José M°. *La prenda cambiaria: el endoso en garantía*. Madrid, Editorial Civitas, Primera Edición, 1994, ps. 15-22. CARRIGUES, Joaquín. *Tratado de Derecho Mercantil*. T. II, Madrid, Revista de Derecho Mercantil, 1955, p. 63. SANTINI, G. *L'azione causale nel diritto cambiario*. Padova, 2ª ed., 1968, p. 24. DE SEMO, G. *Trattato di Diritto cambiario*. Padova, 3ª ed., 1963, p. 475. HUECK, Alfred y CANARIS, Hans-Wilhelm. *Derechos de los títulos valores*. Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1988, p. 6 y ss. SALINAS ADELANTADO, *op. cit.*, ps. 95-97. CANO MARTÍNEZ DE VELAZCO, *op. cit.*, p. 91 y ss.

Tradicionalmente, se ha venido considerando que el objeto de la prenda de títulos-valores era el propio título, considerado como cosa. Dos consideraciones pesaban en esta concepción: por un lado, la idea de que la prenda era un derecho de garantía reservado solo para cosas muebles materiales. Y, por otro, la adhesión extrema a la teoría de la incorporación del derecho en el título, por la que el derecho se "*cosifica*" de tal forma que pasa a identificarse totalmente con el título que representa.

En la doctrina española CANO MARTÍNEZ DE VELAZCO asume la posición de que la prenda opera generalmente sobre el documento. Sostiene el citado autor que la prenda de títulos valores consiste, inmediatamente, en una prenda sobre el documento mismo, mediatamente se trata, además, de una prenda sobre el crédito documentado. En el primer aspecto, es una prenda de cosa. En el segundo, es la prenda de un derecho, las cuales conviven juntas[11].

En la doctrina alemana esta cuestión se centra fudamentalmente en el régimen jurídico aplicable, dependiendo del título que se trate. Así, siguiendo lo que dice el BGB, se expone que a los títulos al portador se aplican las normas de la prenda de cosas, a los de la orden la norma del artículo 1292, y los títulos nominativos a las reglas de la cesión de créditos.

Sin embargo, ha sido la doctrina italiana, fundamentalmente, la que con mayor detenimiento se ha ocupado del problema ahora planteado, sin llegar a una conclusión que pueda considerarse pacíficamente aceptada[12].

Los partidarios de la solución que defienden la consideración de que el objeto del derecho real de prenda sobre títulos valores lo constituye el título, la *res*, y no verdaderamente el crédito cambiario, entre los cuales destaca DE SEMO[13], la fundamentan mayoritariamente sobre la base del Derecho Positivo. En tal sentido, se afirma que el vínculo sobre el crédito cambiario es una consecuencia de la prenda del título, porque precisamente el crédito se incorpora a este; y, por ende, a través del endoso en garantía, trae como consecuencia la atribución al endosatario de legítimo y autónomo poseedor. Asimismo, se argumenta respecto de la realización del título "*ejecución tanto privada como judicial*" que es necesaria la tenencia del título, con lo cual no puede darse otra significación que la de considerar la prenda de títulos valores como prenda de cosas y no de créditos. Para ello, se insiste que es necesaria la entrega del título (de crédito) al acreedor pignoraticio, mientras que no se requiere, como para la prenda sobre créditos[14], la notificación de la constitución del derecho real al deudor del crédito cambiario o su aceptación.

Por su parte, los autores que sostienen que la prenda sobre la letra de cambio tiene por objeto el crédito incorporado y, por tanto, cabe asimilarla a la prenda de créditos, se fijan preferentemente en la intención que guía a las partes a la hora de celebrar un contrato de prenda, tienen la mira puesta, más que en la materialidad del documento al que se incorpora el crédito, en el crédito mismo, cuyos atributos se precisan literalmente por el tenedor del título, como *res*, pero solo con la finalidad procedimental de la más rápida y segura realización del derecho de pren-

11. *Op. cit.*, p. 91.
12. En sentido contrario sostiene SALINAS ADELANTADO la tesis prevaleciente en Italia de considerar como objeto de prenda al derecho representado por el título, sustentado en la opinión de algunos autores como FOSCHINI, GORLA-ZANELLI, REALMONTE y RUBINO. Asimismo, se cita como base legal de la aludida postura lo preceptuado en el artículo 1997 del Codice Civile, cuando dice que: "*Il pegno (...) sul diritto menzionato in un titolo di credito (...) non hanno effetto se non si attuano sul titolo di credito*".
13. *Op. cit.*, p. 475.
14. La prenda sobre créditos se encuentra regulada en el artículo 442 del Código Civil, evidenciando sustanciales diferencias con la prenda de títulos valores. Su régimen jurídico aplicable, en cuanto a su transmisión, corresponde a los efectos de la cesión de créditos, por cuanto es necesaria para su constitución la notificación al deudor. La citada norma dispone: "*La prenda de créditos se hará entregando el título al acreedor; pero no surtirá efectos contra el deudor sino desde que se le haga saber. El prendario de un título de crédito, puede cobrarlo en juicio y fuera de juicio*". De lo anterior se infiere, que a diferencia de la prenda sobre títulos valores, la prenda de créditos, no es una prenda ordinaria, pues en el fondo no representa un verdadero derecho real sobre la cosa-crédito, sino propiamente de una cesión del crédito. En la prenda de créditos lo que opera es una cesión de la simple posesión de los créditos, a efecto de constituir la garantía sobre los mismos. Los créditos son, en su aspecto objetivo, como cosas; pues al igual que estas se entregan en posesión para constituir prenda sobre ellas, es necesario hacerlo sobre los créditos. En cuanto a la notificación de la constitución de la prenda al deudor cedido: si este último elemento faltase, el deudor se liberaría pagando de buena fe (es decir, sin conocer la cesión por medios distintos de la notificación). Por lo tanto, la notificación de la constitución de la prenda no es un elemento constitutivo de esta garantía, por no ser imprescindible. De lo anterior es preciso concluir que la transmisión del crédito al acreedor pignoraticio se actúa en virtud del cumplimiento de los siguientes requisitos: 1°. Contrato constitutivo de prenda. 2°. Entrega de los documentos o medios acreditativos del crédito y también, en su caso, de los instrumentos probatorios. 3°. Entrega de los medios justificativos de las garantías del crédito cedido. Si estos instrumentos no se entregasen al acreedor pignoraticio, este recibiría el crédito garante sin sus respectivas garantías.

da. Además de que a través del endoso en garantía *"cláusula valor en garantía"* indica de forma eficaz la idea de que no es el título, sino el valor que este representa (la valuta) lo que se da en prenda como garantía al acreedor pignoraticio[15].

Precisamente, en la actualidad, la tesis mayoritaria es la que considera que el objeto de prenda de títulos es el derecho representado por estos. Ello por cuanto, por un lado, hoy día se ha abandonado la idea que reducía el objeto de la prenda a las cosas muebles materiales. Y, por otro, "como argumento fundamental", está la relativización actual que sufre la teoría de la incorporación, por cuanto por una parte es verdad que una característica esencial de los títulos valores es la incorporación del derecho al título, pero también es lo cierto que esta incorporación no debe exagerarse sosteniendo la total "cosificación del derecho incorporado en el título", ya que ello sería elevar lo instrumental a característica fundamental[16].

El hecho de que los títulos valores utilicen algunas normas de las cosas muebles no debe hacer olvidar que esto se hace solo para conseguir una más rápida y segura circulación de los créditos, evitando las desventajas que presenta la normativa general de la cesión de créditos. Por ello, si en la base de todo título valor hay un crédito, que es la sustancia económica de este, y la prenda es un derecho de satisfacción preferente *erga omnes* sobre el valor económico de la cosa dada en garantía, parecería claro *"prima facie"* que el objeto de la prenda de títulos valores debe ser el derecho y no el título que lo representa.

Sin embargo, las dos tesis expuestas solo podrían compartirse parcialmente, por lo que resultaría acertado el planteamiento inicialmente sugerido por CANO MARTÍNEZ DE VELAZCO, en cuanto sugiere una convivencia de ambas. El objeto de la prenda es el crédito, pero como este está representado por un título valor su normativa se ve modificada[17].

En nuestra opinión, la prenda de títulos es un título *híbrido* de prenda al que, a falta de una regulación específica, se le debe aplicar un *régimen jurídico mixto*. Para su constitución se utilizarán, fundamentalmente, las normas que le sean propias, y, subsidiariamente, algunos preceptos de la prenda de cosas. Su contenido se regirá, además, por las reglas aplicables a la prenda de créditos, y generalmente su ejecución por normas propias. Sin embargo, para todo ello siempre se deberá tener en cuenta las especialidades que presenta la prenda de cada uno de los tipos de títulos valores, que analizaremos posteriormente.

Lo anterior se justifica ya que, por una parte, la consideración de la prenda sobre títulos valores, como derecho real que recae sobre el título, no explica satisfactoriamente determinados efectos que produce, por ejemplo, el endoso en garantía. A través de esta modalidad de endoso –como luego se desarrollará–, se coloca *"ope legis"*, al endosatario-acreedor pignoraticio en una peculiar posición jurídica con respecto al título, y provoca el efecto de que aquel pueda ostentar determinadas facultades que se apartan decididamente de las que le corresponderían de aplicarse las normas generales o comunes reguladoras del derecho real de prenda.

Por otro lado, también, poco convence la afirmación de que este tipo de prenda se resuelve en una prenda sobre el derecho incorporado; entre otras razones porque la constitución de este derecho real, al menos en una de sus modalidades, se materializa en el título en cuyo cuerpo queda reflejado mediante la citada forma especial de endoso *"endoso en garantía"* donde las partes no toman en consideración solamente los efectos que podrían derivar de una prenda sobre el título entendido como bien. En este supuesto debe convenirse que es expresa la intención de las partes de que el endosatario pueda ejercitar un crédito cambiario aprovechándose de la posición favorable que la ley le consiente. Por ende, el efecto de garantizar una deuda precedente debe atribuirse no propiamente en función del título, sino al crédito cambiario incorporado.

En síntesis, se deduce de lo anteriormente expuesto, que el método empleado en ambos casos no puede reputarse satisfactorio y, por ende, válido, ya que solo

15. Cfr. VIGUERA RUBIO, ps. 18-19, quien desarrolla tal postura sin que corresponda a la que en definitiva el autor asume.
16. Sobre la incorporación del derecho al título en el marco de la teoría general de los títulos valores, construcción aportada por SAVIGNI y GIERKE a finales del siglo diecinueve y principios del veinte, e implantada por la doctrina alemana e italiana ulterior (BRUNNER, JACOBI, FERRI, CARNELUTTI).
17. Este error de creer que la prenda mercantil del documento se impone sobre la prenda del crédito, que también resulta serlo mercantil, es muy común en casi toda la doctrina mercantilista. Sobre este punto véase: VINCENT CHULIA, Francisco. *Compendio crítico de Derecho Mercantil*. Barcelona, Bosch, T. II, 3ª ed., 1991, p. 629.

a través del análisis de los concretos efectos dimanantes de la ley, podrá inducirse realmente la solución correcta de la problemática que antecede. No obstante ello, la labor se dificulta en esta materia como consecuencia de una realidad insoslayable, consistente en la palpable confusión normativa evidenciada al efecto. Para la regulación de prenda se aplican, entre otras, las normas del Código Civil "artículos 441-447", del Código Procesal Civil "artículos 674-691", del Código de Comercio "artículos 530-581", así como lo relativo a la pignoración de acciones en las sociedades anónimas "artículos 123, 132, 137 y 139 bis" y las de la Ley del Mercado de Valores "artículo 123".

La fragmentación normativa de mérito refleja finalidades muy diversas dependiendo del objeto de prenda, provocando, a su vez, importantes problemas de coordinación. Tal circunstancia ha originado, en gran medida, que las modificaciones producidas en esta materia, hayan sido ineludiblemente de carácter fragmentario.

IV. Las distintas formas de constitución de la prenda sobre las diferentes modalidades de títulos valores: a la orden, nominativos, al portador

Los efectos jurídicos que emanan del gravamen prendario presentan diferentes manifestaciones de tipo estructural, dependiendo del tipo de título valor de que se trata en cuanto a su modalidad de circulación, como a continuación detallaremos.

A. Títulos a la orden

En lo que concierne a los títulos a la orden, la constitución de la prenda presenta la peculiaridad de que se pueden realizar por medio de un endoso especial, *el endoso en garantía*. Se encuentra recogido en nuestro Código de Comercio, concretamente en el artículo 700.

Consecuentemente, con el hecho de que la prenda no transmite la propiedad del bien gravado, el endoso en garantía es un endoso con efectos limitados, lo que se ve, por ejemplo, en que el endoso hecho por tenedor solo vale como comisión de cobranza. No obstante ello, no quiere decir que el endosatario en garantía no tenga una posición jurídica propia, como lo demuesta el régimen de la inoponibilidad de excepciones contenido en el citado artículo 700 del Código de Comercio: "*El emisor no podrá oponer al endosatario, en garantía, las excepciones fundadas en sus relaciones personales con el endosante, a menos que el endosatario, al recibir el título, haya actuado con intención de dañar al emisor*". Además, el acreedor prendario goza de importantes facultades que son: a) La de presentar la letra a la aceptación y al pago. b) Levantar protesto (cuando sea necesario). c) Ejercitar la acción cambiaria directa contra el aceptante y los avalistas de este, y de regreso contra el librador y los endosantes, así como sobre los avalistas de ambos[18].

B. Títulos nominativos

Sobre los títulos nominativos que se constituye prenda se debe hacer constar en el registro del emitente y anotarla sobre el documento mismo. Además, se constituye mediante la entrega de los títulos al acreedor pignoraticio.

La anotación sobre el título tiene indudables ventajas: 1) legitima al designado en ella para el cobro; 2) le legitima para poseer el documento frente a cualquier acción reinvidicatoria o restitutoria de un tercero; 3) impide que se haga propietario del título, de modo que lo tenga solamente en prenda; 4) permite retener el documento frente al constituyente de la garantía hasta que este justifique, o prueba en su caso, el pago de la obligación principal.

Por otra parte, debemos recordar que con carácter general, como los títulos nominativos se transmiten por las normas de la cesión de créditos, su constitución en prenda podrá hacerse realizando una prenda del crédito que estos representan[19]. Pero, además, cuando el título nominativo permita su transmisión por endoso (que es lo usual) será posible también la utilización del endoso en garantía.

18. Sobre si el endosatario en garantía reclama por sí o por cuenta del endosante se han producido dos teorías divergentes. Según la primera, que parte de BONELLI, el endosatario actúa por sí mismo. Según la segunda, que defiende VIVANTE, el endosatario es un simple poseedor del documento y, por ello, no es titular del crédito a él incorporado, que lo ejercita por cuenta del propietario del título, único acreedor.
19. La aplicación de estas normas en nuestro Derecho tiene el problema de las dificultades que ha tenido la admisión de la prenda de créditos, y la ausencia de una idónea regulación específica al respecto. Sin embargo, la utilización de normas aplicables a la prenda de créditos es un elemento ineludible en la prenda de títulos valores, ya que, en caso contrario, quedarían sin solución problemas, como por ejemplo, qué sucedería cuando vence el crédito representado en el título antes que el crédito garantizado; o a quién corresponde el cobro del crédito objeto de la garantía.

En este supuesto, aun teniendo el título de modo limitado (a la prenda), el endosatario en garantía ostenta un derecho propio frente al emitente y no el mismo derecho del endosante, con lo cual el endosatario puede reclamar el crédito "por sí", de ahí que el emitente no pueda oponer al endosatario las excepciones que tiene frente al endosante, sino las que pudiere poseer frente al mismo endosatario.

De conformidad con el artículo 137 del Código de Comercio, a pesar de que se cumplan los requisitos de la constitución de la prenda de créditos o la realización de un endoso en garantía, no implica que la prenda produzca efectos *"frente a todos"*, ya que para que lo haga frente a la sociedad será necesaria su inscripción en el *libro de acciones nominativas*. No obstante, no estamos ante un nuevo requisito, dado que la prenda existe por sí misma, simplemente que la ausencia de inscripción, el gravamen prendario no producirá efectos frente a la sociedad emitente.

C. Títulos al portador

En esta clase de valores la legitimación para ejercer los derechos derivados del título deriva exclusivamente del hecho de estar en posesión de este. Por ello, su transmisión solo es posible por medio de la *entrega material* de los títulos. Ello viene a determinar que para la constitución de la prenda sea necesario el *traspaso posesorio* del título.

V. Prenda cambiaria (endoso en garantía)

A. La constitución de la prenda sobre la letra de cambio mediante endoso

La pignoración de una letra de cambio se materializa a través de una modalidad especial de endoso que se denomina *"endoso en garantía"*, también conocido como *cláusula de valor en prenda* o *valor en garantía*. Al acreedor prendario-endosatario, le corresponden los mismos derechos concedidos al endosatario en procuración, en el sentido de que se le transfiere una legitimación restringida sustentada en el cobro del título, descontándose lo que se le debe y devolviendo el remanente a su endosante.

Como bien es sabido, el endoso es la transmisión típica de los títulos a la orden, su efecto principal radica en producir la investidura del endosatario a fin de obtener la prestación. De manera que a través del endoso el acreedor cambiario coloca a otro acreedor en su lugar dentro del círculo cambiario, sea con carácter ilimitado o limitado. Este último carácter se pone de manifiesto en el endoso en garantía, precisamente por medio de la expresión gráfica de la causa de la transmisión operada.

El endoso en garantía, que se otorga con la adición de las palabras "valor en garantía" y expresiones similares, cumple la función de ser instrumento de una operación de garantía real. El contrato de prenda se reviste así con forma cambiaria y no deja de ser un contrato de prenda, por lo que la propiedad del título valor y la titularidad plena del crédito incorporado corresponde al endosante[20].

La exigencia de una forma especial de endoso se hace necesaria por el hecho de que el deudor-pignorante, faltando tal forma, estaría obligado o a endosar la letra plenamente, o bien a transmitir la cambial en comisión de cobranza[21]. En el primer caso, el acreedor pignoraticio deviene en titular pleno del crédito, de modo que podría lesionar los intereses del deudor-pignoraticio que pretende constituir solo una garantía. En el segundo supuesto, el endosatario-acreedor pignoraticio se encuentra expuesto a sufrir las mismas excepciones que los obligados cambiarios pudieran oponer frente al endosante de la letra[22], toda vez que en este tipo de endoso como el representado es el titular de la legitimación, las excepciones que el deudor puede oponer se refieren a

20. Sostiene GARRIGUES que la falta de transmisión de la propiedad de la letra solo engendra la presunción de una comisión de cobranza. *Op. cit.*, p. 365.
21. El endoso en cobranza corresponde a un endoso no traslativo de dominio, por cuanto los derechos que derivan del título permanecen en el titular, quien sigue siendo el propietario del título acreedor cambiario, por lo que las facultades del endoso se reducen a la de percibir el importe del título para dar cuenta a su endosante. También podrá el endosatario ejercitar judicialmente el derecho cambiario, pero siempre deberá hacerlo a nombre del endosante, el cual será parte en el proceso judicial. Además, podrá endosar nuevamente, pero solo a título de cobranza, porque el endosatario únicamente puede transmitir sus propios derechos en este caso, puesto que el endosatario no ejerce su propio derecho, sino el de su endosante.
22. Al respecto HUECK y CANARIS, cuando se refieren a la función que despliega este tipo de endoso, señalan: "No tiene función de transporte ni de garantía, sino que simplemente legitima al endosatario para ejercitar los derechos derivados de la letra en nombre del endosante: puede oponer todas las excepciones que tuviera en contra del endosante. *Op. cit.*, p. 105.

él, no al representante-endosatario[23], "artículo 700 del Código de Comercio".

A diferencia del endoso para el cobro, el endosatario en garantía goza de un derecho cartular propio y autónomo, por lo que no se pueden oponer las excepciones fundadas en las relaciones personales con su endosante. Ello se justifica por cuanto la finalidad principal de este tipo de endoso es garantizar una obligación diferente a la contraída en el título valor, respondiendo eventualmente, en caso de incumplimiento de la obligación originaria o principal, al título endosado en garantía, pudiendo hacer efectivos al endosatario los derechos derivados de dicho título, y por los medios que indique la ley, cobrando solo el importe adeudado y devolviendo la diferencia, ya que si se cumple con la prestación de la obligación principal, el endosatario tendría que devolver el título a su endosante.

Así pues, el endoso en garantía representa una modalidad que se entroniza entre las formas de endoso que tradicionalmente se reconocían en nuestro Derecho Positivo[24] y, por lo que se refiere a sus efectos, en una situación intermedia dentro de una hipotética jerarquía de modalidades de endoso, representada en su grado máximo por el endoso pleno y en su grado mínimo, por el endoso en comisión de cobranza[25].

B. Los efectos del endoso en garantía en relación con el vencimiento de la letra

Aconseja la doctrina que los títulos valores dados en garantía tengan un vencimiento coetáneo o posterior al vencimiento de la obligación garantizada, pues de lo contrario la garantía podría presentar algunos inconvenientes, con lo cual en este apartado se analizarán las diferentes situaciones sobrevinientes respecto de la situación jurídica del endosatario-acreedor pignoraticio con respecto a la exigibilidad de la cambial garantizada.

1- Posición jurídica del endosatario-acreedor pignoraticio antes del vencimiento de la letra y sin ser exigible la cambial

En este supuesto correspondería a los efectos que se derivan del endoso en garantía, a partir de la constitución de la garantía. Apunta la doctrina que a partir de este momento surgen en cabeza del endosatario determinados deberes propios del derecho común en relación con la posición atribuida al acreedor pignoraticio durante la vigencia del contrato de prenda, y correlativamente el reconocimiento de algunas facultades o derechos, en relación con la letra de cambio sobre la que recae la garantía[26].

---

23. Un criterio jurisprudencial determinó desde vieja data, mediante voto número 149 de las 14:00 horas del 29 de enero de 1980 del anterior Tribunal Superior Civil de San José y retomado en resolución de fecha más reciente por el Tribunal Superior Primero Civil de San José mediante voto número 1367 de las 7:55 horas del 30 de julio de 1985: "...el letrado (actor) al accionar dijo ser endosatario judicial sin demostrar la existencia de la empresa que le encarga el cobro, lo que estaría disculpado si actuara personalmente, pero si alega ser mandatario de cobro y aparece documentalmente como dueño de la letra, carece entonces de legitimación activa y el proceso ejecutivo no puede prosperar, pues el crédito le corresponde personalmente..."
24. En cuanto a la evolución histórica del endoso en garantía corresponde a una de las modalidades de endoso de más reciente reconocimiento, tanto a nivel doctrinal como legislativo. Las viejas leyes cambiarias y mercantiles, en general, no se ocuparon de regular con normas especiales la prenda constituida sobre una letra de cambio o efectos transmisibles mediante endoso. Durante mucho tiempo fue dominante en la doctrina la afirmación según la cual el endoso podía ser de dos especies: el que implica una cesión (endoso regular) y el que consistía en un mandato (endoso irregular), siendo ambas las dos únicas funciones que podía cumplir el endoso. La primera referencia legislativa de la que se tiene noticia, corresponde a una ordenanza imperial austríaca de 13 de julio de 1789, donde se disponía que el acreedor que probara poseer una letra de cambio a título de prenda podía exigir el pago al vencimiento de la cambial y resarcirse así su crédito, restituyendo el sobrante al deudor y, en caso de quiebra de este, a la masa. Sin embargo, en la práctica mercantil la aparición de la claúsula "valor en garantía" o "valor en prenda" se debe a los franceses que la utilizaban ya desde el mismo momento en que se entregaba en prenda letras de cambio. Pero curiosamente, a pesar de lo anterior, corresponde a un país latinoamericano, concretamente Argentina, quien incorporó el primer texto legislativo del endoso bajo estudio en el Código de Comercio de 1862, plasmado en el artículo 758: *"Si se dan en prenda títulos a la orden debe observarse que sean transmitidos con la indicación 'valor en garantía'. No obstante, el endosante puede probar, si el endoso se realizó de modo que dio lugar a una transmisión de la propiedad, que transmitió el crédito sólo en prenda o garantía"*. Un año después los franceses lo incorporan en la Ley de 23 de mayo de 1863, y de gran influencia en las legislaciones posteriores al ser adoptada por el Código de Comercio italiano de 1865 y de 1882, hasta culminar con su reconocimiento ginebrino curiosamente en reciente data –9 de diciembre de 1988– en su artículo 28. Véase. VIGUERA RUBIO, *op. cit.*, ps. 23-96.
25. Cfr. VIGUERA RUBIO, *op. cit.*, p. 57.
26. Cfr. VIGUERA RUBIO, *op. cit.*, p. 82.

i) Deber de custodia y diligencia debida

Como deber genérico asume el deudor prendario la correlativa obligación de custodia, contemplada en la legislación civil, ante la ausencia de regulación del Código de Comercio que resulta aplicable por disposición remisoria de este último cuerpo legal, prevista en el artículo 2 ibídem. Concretamente en el ordinal 444 del Código Civil se dispone: "*El acreedor tiene, por la prenda, el derecho de poseer la cosa: es obligado a conservarla y a responder de los deterioros o perjuicios que sufriere por culpa o negligencia suya. Si el acreedor usare de la cosa, no estando autorizado expresamente para ello, o si la descuidare, puede el deudor exigir que se ponga la cosa empeñada en depósito judicial*".

La imposición del deber de custodia resulta justificada al acreedor pignoraticio, por cuanto este se encuentra en posesión del título, de donde se infiere que la aludida obligación impuesta al acreedor se encuentra regida por las reglas que, en general, rigen la obligación de conservar en las de dar.

Por el aludido motivo, y atendiendo a las particulares características que envuelven a la letra de cambio, además de velar por la genérica integridad material del título equiparada a la custodia de cosas, el endosatario en garantía deberá presentar la letra a la aceptación, si el librado lo hubiere establecido, fijando o no un plazo para ello, con el fin de resguardar los derechos inherentes al título[27]. A su vez, el acreedor pignoraticio deberá levantar el oportuno protesto en caso de falta de aceptación y practicar las comunicaciones pertinentes legalmente establecidas.

El riesgo de pérdida o extinción de los títulos recibidos y su eventual reposición ha sido canalizado por la mayor parte de la doctrina mercantilista como una forma de depósito irregular[28]. Se dice que corresponde a una "*necesidad negocial*", sobre todo en el plano bancario, por cuanto a través de él la intención del cliente no es prestar el dinero o los títulos innominados al banco, sino que este se los custodie[29].

El quebranto por parte del acreedor pignoraticio del deber de diligencia debida y que como consecuencia de ello se produjera la pérdida o el deterioro de la letra, tendría que responder por los daños y perjuicios causados al pignorante de conformidad con la legislación civil.

ii) Facultades

A través del endoso en garantía el endosatario ostenta una legitimación restringida, en el sentido de que no adquiere la propiedad del título, sino propiamente su eventual cobro por el importe de la garantía, con la consecuente devolución del remanente al endosante, si fuese necesario.

El endosante, al entregar la letra en prenda, limita el derecho de propiedad que le corresponde en los términos precisos para que el derecho real creado pueda desenvolver su finalidad. Consecuentemente, el pignorante sigue conservando las facultades dominiales que no se han transmitido al acreedor pignoraticio, es decir, pierde los derechos posesorios sobre la letra de cambio, pero se insiste, continúa como propietario de la cambial a diferencia del endoso pleno.

La mención de la cláusula en garantía u otra equivalente tipifica la relación cartácea; y, aunque en puridad, no implique una sucesión del endosatario en garantía en los derechos cambiarios del endosante, tiene el efecto fundamental de exteriorizar de forma patente –*erga omnes*– el contenido y las limitaciones de los derechos del endosatario[30]. La ausencia de inclusión de la razón del endoso –*en garantía*–, sostiene GARRI-

27. El artículo 701 del Código de Comercio dispone: "Todos aquellos endosos que no transmiten la propiedad, autorizan al endosatario para cobrar y para llevar a cabo todas las diligencias necesarias para conservar los derechos inherentes al título, pero no lo autoriza para endosar ni en ninguna otra forma gravar o traspasar el documento".

28. En nuestro medio, sobre la diferencia entre el depósito regular e irregular escribe ROJAS CHAN: "El depósito puede asumir varias modalidades: es regular cuando el depositario recibe una o varias cosas muebles y se compromete a custodiarlas y restituirlas cuando el depositante lo solicite. El rasgo más relevante de este tipo de depósito radica en el hecho de que el depositante no pierde la titularidad sobre las cosas dadas en depósito, así como el depositario tampoco adquiere la propiedad de las mismas. Por su parte el depósito se califica de irregular cuando el objeto son cosas fungibles de manera que el depositario se convierte en el propietario de la cosa recibida y mediante el acuerdo expreso se obliga únicamente a devolver una cantidad igual de la misma especie y calidad. ROJAS CHAN, Anayansy. Del depositario al custodio en Costa Rica. *Revista Ivstitia*. Año 14, N° 158, febrero 2000, p. 6.

29. La doctrina italiana no presenta una posición unánime al respecto. En tal sentido sostiene SIMONETTO algunas dudas al señalar que no obstante el depósito irregular existe porque, cuando se depone una cosa genérica, hay un "*animus deponendi*", es decir, la intención de depositarla, no de prestarla, sin embargo no habría depósito irregular al hacerse suya la cosa por parte del receptor por su naturaleza fungible y no cabe custodia de cosa propia. SIMONETTO. *Depósito irregolare, en Novissimo Digesto italiano*. T. V, Torino, 1960, ps. 528-542.

30. PAVONE LA ROSA, Antonio. *La letra de cambio*. Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1ª ed., 1988, p. 237.

GUES, que no podría generar un derecho real de garantía, por cuanto para que ese derecho se constituya es preciso insertar en el título alguna razón que haga *cognocible* la voluntad de los interesados, sea mediante la fórmula "valor en garantía" o "valor en prenda"[31].

El endoso efectuado por el acreedor pignoraticio, según lo dispone el párrafo quinto del artículo 700 del Código de Comercio, solo valdrá como si se tratare de un endoso para el cobro por el importe de la prenda. En caso contrario, referido a que el acreedor pignoraticio endose la cambial de modo distinto o en forma plena, incurrirá en una prohibición y su declaración cambiaria deviene en ineficaz[32]. Sin embargo, no se anulará por ello el endoso, sino que el mismo se reputaría automáticamente como en un endoso para el cobro.

De lo anterior se deduce que la limitación del endoso en garantía se manifiesta en el sentido de que la posición autónoma de que goza el endosatario, en esta modalidad de endoso, no significa que este tenga la facultad adicional de poder investir a otros de los derechos derivantes de la letra de una forma autónoma, pero de tipo ilimitada, toda vez que la autonomía del endosatario en garantía se agota en su condición de acreedor prendario.

La razón por la que, después de permitirse la adquisición (limitada) de la letra, la ley interviene provocando forzadamente una situación que paraliza la circulación normal de la letra[33], se explica por el hecho de que el interés del acreedor pignoraticio está suficientemente tutelado en la medida en que se le reconoce una posición autónoma en los términos precitados. De admitir la posibilidad de concederle al acreedor pignoraticio la facultad de transmitir plenamente la letra, significaría borrar toda diferencia entre el endoso en garantía y el endoso pleno.

iii) El derecho de retención "Ius Retentionis"

Es prácticamente unánime que uno de los factores que configuran el contenido y el soporte de la garantía real prendaria lo constituye el derecho de retención que corresponde al acreedor pignoraticio sobre la cosa dada en prenda, hasta que se le pague el crédito "artículo 539 del Código de Comercio". Este derecho resulta consustancial e indispensable para la finalidad de garantía que el contrato persigue.

La doctrina, en general, no ve un pacto comisorio en el hecho de que el acreedor pignoraticio se adueñase de los títulos, en la medida estrictamente necesaria para cubrir su propio crédito impagado. En tal sentido se alude a una especie de *pacto marciano*, perfectamente permitido[34].

La facultad de retener la posesión de la cosa recibida a título de prenda contribuye a la función de garantía en un doble aspecto: de un lado, asegura al acreedor pignoraticio que, llegado el caso, podría instar la realización del valor de la cosa y evita, hasta que tal momento llegue, el peligro de enajenación o sustracción de aquella; y, por otra parte, tiene la virtualidad de ejercer sobre el deudor una presión que le inducirá a cumplir su obligación para recuperar la posesión y goce de la cosa.

2- *Posición jurídica del endosatario pignoraticio al vencimiento de la letra*

Como consecuencia del vencimiento de la letra, y en el supuesto de que aun no fuese exigible la obligación garantizada, el acreedor pignoraticio en su condición de tenedor de la cambial, podrá ejercitar todos los derechos que derivan de la misma conforme a lo previsto en el párrafo primero del artículo 766 del Código de Comercio: "*El tenedor podrá ejercitar su acción al vencimiento de la letra de cambio contra los endosantes, el librador y las demás personas obligadas cuando el pago no se haya efectuado...*"

Asimismo, resulta evidente que, aun antes del vencimiento de la letra, el endosatario pignoraticio tiene la posibilidad del ejercicio anticipado de la acción de regreso en caso de denegación de la aceptación y en situaciones de crisis patrimonial, judicialmente declaradas del librador o librado de la cambial –artículo 766 del Código de Comercio–.

31. GARRIGUES. Tratado, Tomo II, *cit.* p. 365.
32. Véase artículo 701 del Código de Comercio.
33. Frase vivantina utilizada por VIGUERA RUBIO, *op. cit.*, p. 88.
34. Coinciden sobre el particular en Italia NAVARRINI, DALMARTELLO, MARTORANO y ANDREOLI, citados por CANO MARTÍNEZ DE VELAZCO, *op. cit.*, p. 93.

El ejercicio de los derechos inherentes al título por parte del acreedor pignoraticio, corresponde no a una facultad, sino que propiamente reviste la naturaleza de una obligación. Sobre este aspecto señala la doctrina que en el fondo no es más que una aplicación del deber general de conservación, según el cual el acreedor prendario responde de la pérdida o menoscabo de la cosa pignorada que sea debida a su culpa o negligencia[35].

Por otra parte, se debe insistir en la particular posición que ostenta el acreedor pignoraticio, referida a que en su condición de endosatario en garantía, la titularidad del crédito documental garantizado en la letra no le corresponde. En efecto, mediante el endoso en garantía no se opera una transmisión de los derechos cambiarios, sino solo una transmisión del ejercicio de los mismos, cuya titularidad la ostenta siempre el endosante. Por ende, el endosatario no adquiere la titularidad del crédito por efecto de la posesión, sino que, propiamente, de la prenda en relación con la tenencia del título adquirido por endoso en garantía[36].

La justificación del aludido "*derecho-deber*", referido al ejercicio de los derechos inherentes al título por parte del acreedor pignoraticio, evidencia lo anteriormente reseñado de que el derecho real de prenda no recae solo sobre el título "*res*", sino que además sobre el crédito incorporado en la letra de cambio, dado que la prenda se constituye inmediata y materialmente sobre el título, pero la relación prendaria abarca de modo inescindible el crédito cambiario.

Para el ejercicio de los derechos derivantes de la letra de cambio que le corresponde al acreedor pignoraticio, sería necesario la presentación de la cambial para su aceptación o el pago, así como las diligencias de protesto. De manera que llegado el vencimiento de la letra el acreedor pignoraticio deberá presentar la letra al pago y retenerla en su poder. Con ello se pone de manifiesto el carácter especial de la prenda que viene condicionada por la propia naturaleza del objeto sobre el que recae. Precisamente el aludido efecto viene a corroborar la problemática planteada inicialmente, referida al problema sobre el que recae la prenda –sobre el título o el crédito–, o como deberá considerarse correcto referido a ambos.

Lo anterior por cuanto si realmente la prenda recayera exclusivamente sobre la letra como documento, al ser la letra un título de rescate como consecuencia de su pignoración, el acreedor, contra el pago de la misma debería entregarla, lo que supondría disponer de cosa dada en prenda, sin embargo, conforme se indicó, los efectos del endoso en garantía corresponden al de un endoso para el cobro, puesto que la realización de la prenda no puede tener lugar antes del vencimiento del crédito garantizado y con las formalidades requeridas al efecto[37]. Por ende, además del título, el importe cobrado lo conservará el acreedor en concepto de prenda irregular[38].

Al tratarse de cosa fungible, el acreedor pignoraticio deviene propietario de la suma recabada, con la realización de la letra, de suerte que el importe del crédito cambiario se confunde en el patrimonio de este y queda obligado frente a su deudor a devolver otro tanto de la misma especie y calidad, una vez cumpla este la obligación garantizada. Por tanto, el endosatario pignoraticio debe mantener el subrogado de la garantía hasta el vencimiento de la obligación asegurada y, una vez cumplida por el deudor, le devolverá el *tantundem*[39].

Si se descartase la idea de la prenda irregular en los términos consignados, no se aclararía de modo satisfactorio y suficiente cómo el acreedor podría ser autorizado a conservar una suma que todavía no se

35. Sostiene VIGUERA RUBIO que corresponde a un derecho-deber, puesto que participa de las connotaciones de ambos: de una parte, el acreedor ostenta una facultad *ex lege* para el ejercicio de los derechos cambiarios; pero de la otra, deviene responsable por el perjuicio que pudiera irrogar su falta de actuación en este sentido. *Op. cit.*, p. 95.

36. Aduce SANTINI que corresponde a una legitimación que se diferencia de la formal derivada del endoso, porque no introduce solo una apariencia o un poder de hecho, que el deudor puede desmentir, sino que atribuye una legitimación diversa de la derivada de la titularidad del crédito mismo. Se trata, desde esta perspectiva, de una verdadera y propia legitimación, de contenido limitado, que coexiste y limita el derecho que permanece en la esfera jurídica del endosante-propietario. *Op. cit.*, p. 38.

37. Cfr. VIGUERA RUBIO, *op. cit.*, p. 101.

38. La doctrina señala que se produce una subrogación real de la suma cambiaria cobrada en el lugar de la letra. *Idem.*

39. Sostiene CANO MARTÍNEZ DE VELAZCO que los autores discuten sobre la naturaleza jurídica de la prenda irregular. Unos ven en ella una imputación del género obtenido al pago del crédito principal, si fuese necesario. Otros consideran imposible que se trate de una imputación de pagos, pues ello, haría alternativas las obligaciones principal y accesoria, permitiendo al deudor elegir entre pagar una u otra; o, si él mismo no constituyó la prenda, podría además elegir entre pagar por sí o hacerlo con la prenda a través de tercero. *Op. cit.*, p. 93.

le debe o, inversamente, cómo podría ser constreñido a recibir un pago anticipado que, a lo mejor, le es desfavorable.

3- *La inoponibilidad de excepciones personales al acreedor pignoraticio*

El artículo 700 del Código de Comercio, en su párrafo sexto, determina la inoponibilidad de excepciones personales con el endosante, a menos que el endosatario, al recibir el título, haya actuado con intención de dañar al emisor "***exceptio doli***". Quiere ello decir, conforme se ha venido insistiendo, que el acreedor pignoraticio ostenta un derecho propio frente al emitente y no el mismo derecho del endosante, de manera que el endosatario puede reclamar el crédito "*por sí*".

Según la anterior línea de pensamiento, si bien el citado artículo 700 determina que el endoso en garantía conferirá los mismos derechos al endosatario del endoso para el cobro, tal regulación deberá analizarse de manera restringida, toda vez que entre ambos tipos de endoso se presentan sustanciales diferencias. En efecto, en el endoso para el cobro el mandatario ejerce todas las prerrogativas de naturaleza cambiaria que se ponen a su disposición (y a su cargo) por cuenta del endosante. Mientras que el endosatario pignoraticio desplegará su actividad ***nomine propio*** y en su exclusivo interés, por la inmunidad que goza frente a las excepciones personales que los obligados pudieran oponer al endosante-pignorante.

Esto significa, entre otras cosas, que si en el cumplimiento de estos actos se origina un daño a terceros, aquel solo será responsable, no el endosante, de los perjuicios ocasionados. Además, el acreedor pignoraticio puede realizar *per se* cada uno de los actos cambiarios y en esto también se diferencia del comisionista al cobro que no tiene un *ius*, sino una mera *facultas*, porque en este segundo supuesto el *ius* lo detenta el comitente-endosante, quien, en todo caso, podrá ejercerlo él mismo, revocando el mandato.

La ausencia de un derecho propio o autónomo, como tenedor de la letra en relación con el endosatario para el cobro, se refleja claramente en el régimen de excepciones oponibles. Mientras que al endosatario para el cobro en el ejercicio de los derechos de la letra, en nombre del comitente, le son oponibles las excepciones personales en relación con el endosante, conforme se indicó; ello no ocurre en el endoso en garantía.

Lo anterior quiere decir, pues, que el acreedor pignoraticio ostenta, en el ejercicio de las acciones cambiarias, una posición autónoma, distinta y diversa de la que ocupa su endosante. A la ya privilegiada posición que le corresponde como acreedor pignoraticio, según las normas del Derecho común (derecho de retención sobre lo recibido en prenda y derecho de preferencia a cobrarse sobre el producto de su venta), se superpone otro privilegio que responde a su doble cualidad de endosatario y acreedor pignoraticio y que se traduce en la imunidad frente a las excepciones personales que los demandados por una acción cambiaria pudieran oponer al endosante-pignoraticio.

De nuevo aflora una particular distinción en materia de la prenda cambiaria respecto de la prenda de créditos, según la cual el deudor del crédito dado en prenda puede oponer al acreedor pignoraticio las excepciones que le corresponderían contra el propio acreedor.

Conviene reparar que la posición que ostenta el acreedor pignoraticio, en su condición de un derecho autónomo, se refuerza mayormente en el hecho de que en los títulos a la orden cada legítimo poseedor está investido de los derechos cambiarios, con independencia de la causa de su legitimación, a través de la posesión que cada tenedor tiene a título originario y no derivativo. Tal argumentación no permite prescindir del hecho de que el endoso en garantía corresponde a un endoso limitado, en el que no se transmite la propiedad. Sin embargo, a fin de justificar lo relativo a la inoponibilidad de excepciones, conforme operaría en el endoso pleno, a pesar de que el endosatario en garantía no sea el titular de la cambial, se parte de la base de que el endosatario en garantía ostenta un **crédito ajeno pero en interés propio,** en el sentido de que, por una parte, el endosatario no es el propietario de la letra, pero ostenta tal cualidad jurídica en relación con la prenda sobre la misma.

Lo anteriormente expuesto refleja como conclusión, en el ámbito cambiario, que en el reconocimiento legislativo sobre la inoponibilidad de excepciones personales del endosatario en garantía, en relación con su endosante respecto del ejercicio de los derechos inherentes a la letra de cambio, la *ratio legis* obedeció a un eminente interés práctico, en aras de las exigencias mismas del tráfico jurídico, que aconsejan reforzar, de forma extraordinaria, la posición jurídica del endosatario en garantía, asimilándola a la del propietario de la letra y titular del crédito incorpora-

do en ella *"endosante"*. Solo en estos términos es posible justificar tal asimilación al atribuir al endosatario pignoraticio el ejercicio del crédito cartáceo en una posición autónoma y, a estos efectos, desvinculada de la de su dante causa.

En todo caso, la consagración legal de la invulnerabilidad de las excepciones personales, en relación con el endosatario en garantía, no es absoluta, toda vez que el pluricitado artículo 700 contiene una salvedad referida al hecho de que el acreedor pignoraticio haya actuado con intención de dañar al emisor de la cambial *"exceptio doli"*[40].

4- *Posición jurídica del endosatario pignoraticio siendo exigible la prenda con anterioridad al vencimiento de la letra de cambio*

Para un sector de la doctrina, exponen que resulta aconsejable que los títulos valores dados en prenda presenten un vencimiento coetáneo o posterior al vencimiento de la obligación garantizada, pues de lo contrario la garantía podría devenir en inocua[41]. Al respecto, nuestra legislación llega a ser omisa, con lo cual no pocas dificultades podrían dimanar en tales supuestos.

Al producirse el pago de la obligación garantizada con la prenda, el acreedor pignoraticio deberá devolver la letra de cambio entregada en prenda y, en el supuesto de que incurriere en mora por atraso en la devolución, correlativamente sería responsable por su eventual pérdida o deterioro, incluso por caso fortuito.

La forma en que debe realizarse la devolución de la letra operaría con la simple entrega material del título, sin que sea necesaria la confección de un nuevo endoso a favor del acreedor pignoraticio *"endoso en retorno"*. Lo anterior se justifica por cuanto el endosante que pignoró la letra no se desprendió nunca de su condición de propietario de la cambial. Ello en virtud de que el endosante nunca transmitió los derechos derivantes del título, que siempre conservó, facultándose solo al endosatario por virtud del endoso en garantía de la posibilidad del ejercicio de los mismos. Tampoco sería necesaria la consignación de una leyenda en la cambial referida a la extinción o revocación del endoso en garantía. Tal posición se justifica en que la cancelación del endoso no es necesaria por cuanto el endosante nunca perdió la propiedad de la letra.

Una vez entregada la letra de cambio por parte del endosante pignorante, podrá este, ya legitimado por la cadena regular de endosos y por la posesión del título, ejercer con plenitud la totalidad de los derechos derivantes de la letra, entre los que se encuentra, por supuesto, el de endosarla plenamente.

VI. La prenda sobre acciones

A. Delimitación del concepto

El contrato de prenda de acciones integrantes del capital social[42] de una sociedad mercantil, según la forma jurídica anónima, puede definirse como aquel acuerdo de voluntades por el que se constituye un derecho real sobre tales bienes muebles, por quien es su propietario, en garantía del exacto y fiel cumplimiento de una obligación, por cuya virtud se produce el desplazamiento en la posesión, o en su caso registral, desde el propietario hasta el acreedor o un

40. Sobre el fundamento de la exceptio doli se materializa a través del dolo en el endosatario por carecer de un interés propio para ejercer el crédito cambiario o cuando este, según la relación subyacente, es un prestanombre o un comisionista al cobro oculto, mientras, en realidad, el contenido económico del crédito debe volver al patrimonio del endosante; por lo que el endosatario no es más que un instrumento en las manos del endosante. No se niega que desde este punto de vista jurídico, el endosatario es verdadero propietario de la letra (en el endoso pleno) o ejerce un derecho propio concedido por la ley para el ejercicio de los derechos cambiarios (en el endoso en garantía); pero la ausencia de un interés propio en la operación se presta solo para caracterizar la dirección subjetiva del agente; el endosatario adquiere un derecho para una finalidad que no es la normal de la negociación cambiaria. Otra situación se puede encontrar en el caso en que la transmisión del crédito cambiario se hace en condiciones tan ruinosas que el endosatario, adquiriéndolo por un precio ridículo, sabe el móvil ilícito manifiesto que anima al endosante de deshacerse de la letra que, de permanecer en sus manos, sería inutilizable; o, por el mismo motivo, dar en prenda una letra de cambio de una suma importante para garantizar un crédito cuyo monto, en relación con aquella, resulta desproporcionado. Y por estas razones el endosatario se presta a la operación, con la finalidad ilícita de frustrar la oponibilidad de las excepciones en detrimento del deudor cambiario. Es precisamente esta la malicia sobre la que se fundamenta la exceptio doli. Véase VIGUERA RUBIO, *op. cit.*, ps. 128-129.

41. Posición atribuida por PEÑA NOSSA, Lisandro. *Curso de títulos-valores*. Santa Fe de Bogotá-Colombia. Editorial Temis, Cuarta Edición, 1992, p. 54.

42. Entiende ALCOVER GARAU, que la participación social es un conjunto de derechos que no puede estar representado en un título susceptible de posesión, en lugar de prenda de participaciones, lo correcto sería hablar de cesión en garantía de participaciones sociales, cuyo régimen jurídico ha de extraerse, por analogía, de las normas relativas a la cesión de créditos y de las relativas a la prenda. ALCOVER GARAU, Guillermo. Derechos reales sobre participaciones sociales, *La reforma de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*. Madrid, Revista de Derecho Privado, Aranzadi, 1994, p. 337.

tercero, de común acuerdo designado, permaneciendo esta situación hasta la cancelación de la obligación principal garantizada, y ello con la finalidad de facilitar el instar la enajenación de las acciones pignoradas para satisfacer con el producto de su venta las responsabilidades pecuniarias derivadas del crédito del acreedor pignoraticio[43].

Consecuentemente, el objeto de la prenda lo constituye una acción, que corresponde a una cosa mueble que está en el comercio y que es susceptible de posesión, por lo que bien constituye el sustrato objetivo de un derecho real de prenda. Por otra parte, el objeto de prenda no lo constituye el documento-título que la representa, sino que lo es la acción entendida como parte o cuota del capital social que incorpora la condición de accionista[44].

Sostiene la doctrina que la estructura de la prenda de acciones se articula en dos planos distintos: por una parte, las relaciones con la sociedad emisora, que en nuestro medio se regula por lo establecido en el Código de Comercio y, por otra, las relaciones entre las partes de la prenda y con los terceros que no sean la sociedad, regidas por el derecho común. Sin embargo, las normas del Código de Comercio no modifican los preceptos del Código Civil sobre la prenda, más que en las relaciones con la sociedad emitente, lo que no impide que en las relaciones internas y frente a terceros, se puedan utilizar para colmar las lagunas que, en defecto de previsión del título constitutivo, puedan existir en el derecho común[45].

B. Constitución del derecho real de prenda de acciones

Resulta esencial para la constitución de la prenda que se ponga en posesión de esta al acreedor pignoraticio o a un tercero, de común acuerdo. Mediante este desplazamiento posesorio el acreedor pignoraticio no adquiere más que un derecho real de garantía sobre el bien empeñado. Las cuestiones específicas de la constitución de la prenda de acciones es posible evidenciarlas en los siguientes aspectos: 1) La prenda de acciones no representadas. 2) El significado de la inscripción en el libro de socios. 3) La prenda de certificados provisionales.

1- Prenda de acciones no representadas

Según la aludida hipótesis estaríamos en presencia de un contrato de prenda con inexistencia del desplazamiento posesorio, como consecuencia de la ausencia de los títulos, lo que nos sitúa ante un concepto distinto de una prenda de cosas.

Nada dice nuestro Código de Comercio sobre la posibilidad o no de admitir la constitución de una prenda en los términos precitados, aspecto que no debe confundirse con la emisión de certificados provisionales antes de la impresión definitiva de los títulos, regulado en el artículo 133 del Código de Comercio, en que también resultó omiso sobre la posibilidad de constituir una prenda sobre los mismos, y cuya posibilidad, creemos, en esta última hipótesis, sí resulta factible.

La doctrina española reconoce esta posibilidad de pignoración sustentada en los artículos 57.2 y 56.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. La primera disposición hace alusión a que cuando los títulos no hayan sido impresos y entregados, el acreedor pignoraticio tendrá derecho a obtener de la sociedad una certificación de la inscripción de su derecho en el libro de registro de acciones nominativas. Por su parte, el canon 56.1, autoriza la transmisión de acciones no documentadas, de acuerdo con las normas de la cesión de créditos y demás derechos incorporales[46].

Advierte DOMINGO GONZÁLEZ que la admisión de la prenda, en tales condiciones, corresponde

43. DOMINGO GONZÁLEZ, Vicente. El concepto de valor en la Ley de Reforma del Mercado de Valores. *Contratos sobre acciones*. Madrid, Civitas, Primera Edición, 1994, p. 752.
44. Al ser considerada la prenda como un derecho real que precisa la transmisión de la posesión sobre los bienes objeto de ella queda excluida, por definición, la prenda de cosa futura, pues resulta claro que esta no es susceptible de entrega.
45. En tal sentido SALINAS ADELANTADO, *op. cit.*, ps. 310-311.
46. Se dice que el fundamento de esta norma en el Derecho español, se sustenta en el sentido de que la acción es esencialmente una forma de denominar a la posición jurídica que ostenta el socio de una sociedad anónima, que, en última instancia, se concreta en una serie de derechos y facultades. Estas normalmente se encuentran representadas por medio de títulos-valores o anotaciones en cuenta, lo que hace que sigan un régimen de transmisión y legitimación especial. Pero que esto sea lo que sucede habitualmente no debe llevarnos al error de pensar que no puede existir una acción no representada. En este caso, lo único que sucedería es que los derechos del accionista quedarán "desnudos", aplicándose las normas generales, entre las que se encuentran las de la cesión de créditos y, también, las de prenda de derechos. Cfr. SALINAS ADELANTADO, *op. cit.*, p. 312.

a una prenda sobre créditos, partiendo de que la finalidad de la transmisión de la posesión no es otra que la de crear una apariencia que dificulte la actuación del pignorante contra los derechos propios del acreedor pignoraticio, protección que en el supuesto de constituir un crédito del sustrato objetivo de la prenda puede ser suplida por la notificación de la constitución del derecho real al deudor[47].

Sin embargo, la posición asumida en el Derecho español no resulta aplicable en nuestro país, toda vez que no contamos con autorización legistativa que posibilite la pignoración de acciones inexistentes. Por lo demás, la existencia material del título resulta indispensable para la validez del contrato de prenda, conforme a lo previsto en el artículo 533, inciso i) del Código de Comercio: *"Las acciones o cuotas de sociedades, títulos-valores del Estado, municipalidades o particulares; las cédulas hipotecarias o toda clase de créditos pueden ser dados en prenda, pero para que el contrato tenga pleno valor legal, es preciso la entrega de los títulos al acreedor, que tendrá el carácter de depositario, sin que tenga derecho a exigir retribución para el depósito..."*

2- *El significado de la inscripción en el registro de accionistas "Prenda sobre acciones nominativas"*

Sobre este particular, el artículo 137 del Código de Comercio determina la necesaria inscripción de las acciones nominativas emitidas en el correspondiente registro de socios, así como los gravámenes que afecten las mismas.

En el libro de registro de acciones nominativas, que la sociedad habrá de llevar conforme al citado artículo, figurará la constitución de los derechos reales que graven las acciones. Esta inscripción no tiene carácter constitutivo del negocio jurídico de prenda, por tanto, no corresponde a un requisito para la validez *inter partes*, y frente a otros terceros al negocio, con lo cual la inscripción solo es necesaria para que la prenda produzca efectos frente a la *sociedad emisora*. Asimismo, ha de insistirse, que la sociedad solo reputará como socio a quien se halle inscrito en dicho libro, por lo que tal inscripción faculta al acreedor pignoraticio en su posición jurídica frente a la sociedad, y desde entonces esta no podrá negarle los derechos que ante ella le pudieran corresponder[48].

Por último, debemos añadir que la constitución del derecho de prenda sobre una acción deberá efectuarse por medio del endoso en garantía. Ello en virtud de que esta modalidad de acción corresponde a un título valor nominativo, entendiéndose por tales los expedidos a favor de una persona determinada, cuyo nombre ha de consignarse tanto en el texto del documento, como en el registro que deberá llevar al efecto el emisor. Ningún acto u operación referente a esta clase de títulos surtirá efectos contra el emisor o contra terceros, si no se inscribe en el título y en el registro[49].

De lo anterior nos surge el cuestionamiento de si es posible la constitución de la prenda de un título nominativo por la mera entrega de estos, sin que se cumplan los requisitos antes descritos. La mayor parte de la doctrina italiana asume la posición de que no se estaría ante un contrato de prenda, sino de un negocio válido que genera un derecho de retención a favor del acreedor conforme a las disposiciones del Derecho común[50]. La génesis de lo anterior la sustentan en que el *"presunto"* acreedor pignoraticio no puede ejercitar los derechos derivados del título frente a la sociedad, porque no está inscrito en el libro de accionistas, ni puede pedir dicha inscripción, ni frente a los terceros distintos de la sociedad emisora que, por los principios generales de los títulos valores, solo considerará acreedor pignoraticio al que aparezca como tal del propio título.

Consecuentemente, la única posibilidad que le queda al acreedor pignoraticio es la de no restituir el título al propietario de los valores hasta que se le haya cancelado el crédito que se garantiza, o sea, un derecho de retención.

3- *Prenda sobre certificados provisionales*

Los certificados provisionales son documentos representativos de las acciones que puede dar la sociedad cuando todavía no se han emitido los títulos

47. *Op. cit.*, p. 761.
48. El que una persona ostente la posesión material de una acción nominativa sin contar con la aludida inscripción a su favor y antecedida del correspondiente endoso en garantía, no demuestra a la sociedad que sea acreedor pignoraticio. Por eso, ante una petición de inscripción, la sociedad tendría que rechazarla por razón de las omisiones precitadas.
49. Código de Comercio, artículo 688.
50. Entre otros véase GORLA-ZANELLI, GASPERONI y DE LUCA, citados por SALINAS ADELANTADO, *op. cit.*, p. 317.

accionariales, y que sustituyen provisionalmente a estos últimos. Su reconocimiento legal deriva de lo previsto en los artículos 133 a 136 del Código de Comercio.

Las citadas disposiciones legales no prohíben la transmisión o constitución de prenda sobre los certificados provisionales, debiendo admitirse tal posibilidad por su naturaleza de títulos valores, lo que admite la eventualidad de constituir prenda sobre los mismos.

C. Ejercicio de derechos sociales y políticos

En lo relativo al ejercicio de los derechos sociales, nuestra legislación presenta absoluta ausencia de regulación al efecto. En principio, el ejercicio de los derechos sociales le corresponde al titular de las acciones. En tal sentido, es preciso recordar que la posición del acreedor pignoraticio corresponde a la de un depositario del título, sin derecho a retribución, y los únicos beneficios que podría alegar en su condición de acreedor estarían referidos a la percepción de los intereses y, en su oportunidad, de la obligación principal "artículo 533, inciso i) del Código de Comercio".

El ejercicio de los derechos sociales estaría supeditado a aquellos derechos ejercitables frente a la sociedad emisora, que como bien es sabido, los mismos le corresponden al socio, que en este análisis corresponde al deudor pignoraticio. Ha de inclinarse por esta solución, por razones no solo de facilitar el funcionamiento de la sociedad, sino porque también se ha valorado que es el sujeto cuyo interés es *normalmente* mayor en el ejercicio de dichos derechos.

No obstante lo anterior, parte de la doctrina considera la eventual aparición de un desequilibrio al reconocerse la totalidad de los derechos sociales al socio. Se argumenta en tal sentido que el acreedor pignoraticio quedaría prácticamente excluido de cualquier tipo de relación directa con la sociedad emisora, con lo que los posibles abusos que pudiera realizar el socio en el ejercicio de los derechos sociales solo podrán ser paliados *inter partes* con una acción de daños. Con ello, sería factible que el titular de la acción pudiera perjudicar el derecho del acreedor pignoraticio, sin que *frente a la sociedad* este último pueda hacer nada[51].

Sin embargo, pareciera que el citado desequilibrio en alguna medida se viene a atemperar con la participación del acreedor pignoraticio en las decisiones de la sociedad a través del reconocimiento de los derechos políticos[52], previsto en el aparte primero del artículo 139 bis del Código de Comercio: "*En caso de pignoración de acciones, el derecho de voto corresponde al socio, tanto en asambleas ordinarias como extraordinarias, salvo pacto en contrario, al acreedor pignoraticio en asambleas ordinarias y al socio de las extraordinarias*".

Del anterior precepto legal se infiere que, en principio, el derecho de voto lo ostenta el socio, dependiendo del carácter ordinario o extraordinario de los acuerdos por tomar, y con ello lo que se está haciendo es resolver el problema de determinar de una forma clara quién es el legitimado frente a la sociedad para ejercer los derechos sociales. Sin embargo, el legislador no desconoció que el acreedor puede tener interés en el derecho de voto, permitiendo que por acuerdo se le reconozca el mismo respeto a las asambleas ordinarias.

En efecto, el derecho de voto es una facultad que, dependiendo del acuerdo que se vaya a adoptar, afectará a los intereses del acreedor pignoraticio o del socio o a ambos. Por ejemplo, el acuerdo por el que se decida el destino del beneficio de ejercicio tendrá una gran importancia para el acreedor pignoraticio; mientras que la remoción de los administradores será más importante para el socio. En este sentido, la opción convencional de que se pacte el reconocimiento del derecho de voto, aunque solo limitado a las asambleas **ordinarias** a favor del acreedor pignoraticio, parece lo más lógico.

El acreedor pignoraticio tiene (coherentemente con la naturaleza de derecho preferente *erga omnes* de satisfacción sobre el valor de una cosa, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada), *solo un interés económico* sobre las acciones. Mientras que el socio continúa siendo socio, y si paga el crédito ga-

51. Como ha puesto de manifiesto VINCEN CHULIA "parece que el legislador, a la hora de regular la prenda de acciones, llegó 'cansado' ". Compendio...cit., p. 355.

52. Expone SALINAS ADELANTADO que el reconocimiento legal en España del ejercicio de los derechos sociales al socio, podría explicarse en que el legislador tuvo en mente solo el derecho de voto a la hora de establecer la norma del artículo 72 LSA. *Op. cit.*, p. 321.

rantizado continuará siéndolo cuando se haya extinguido la prenda. Por ello, parece que es este último el que tiene un interés mayor en el ejercicio del derecho de voto. Sin embargo, ello no quiere decir que no puedan admitirse casos en los que el acreedor pignoraticio pueda tener un interés preferente al del titular de las acciones (p. ej. que una de las razones por las que este haya aceptado la garantía sea la posibilidad de influir con su voto en el funcionamiento de la sociedad), por lo que la posibilidad de que se pacte en contrario nos parece altamente positiva.

Por último, ha de insistirse que el reconocimiento convencional para el acreedor pignoraticio solo para las asambleas ordinarias, se justifica en el sentido de que en las extraordinarias se conocen aspectos de singular importancia relacionados directamente con la posición de los socios, como lo sería, entre otros, la modificación del pacto social "artículo 156, inciso a) del Código de Comercio"[53].

VII. Prenda sobre anotaciones en cuenta

A. La crisis de los títulos valores "Sistema de Anotaciones en Cuenta"

Los títulos valores surgieron como un derecho especial en respuesta a las necesidades que en la vida social el Derecho común no era capaz de satisfacer. Las necesidades que vienen a justificar la doctrina de los títulos valores corresponden –como de todos es bien sabido– las relativas a la *–seguridad de la circulación de los derechos–*, para lo cual se trata de garantizar materialmente la posición jurídica del adquirente y de facilitar, en el orden formal, el ejercicio de sus derechos.

La disciplina común de la cesión de créditos[54] no era capaz de satisfacer las necesidades por cuanto se halla construida para satisfacer las necesidades del deudor y de sus acreedores, por cuanto fue estructurada en su momento para la generalidad de los derechos *carentes de vocación circulatoria*.

La progresiva aceleración y expansión de las relaciones comerciales requería una más fácil circulación y ejercicio de los derechos, lo que chocaba con los requisitos hasta entonces vigentes de: 1) La necesaria notificación al deudor para la correcta transmisión del derecho. 2) La no limitación de las excepciones oponibles al adquirente del derecho. 3) La dificultad de prueba de la cualidad de titular del derecho.

Frente a estos problemas, existían otros sistemas en el Derecho común que resultaban mucho más ventajosos para el tráfico: a) El régimen jurídico de las cosas muebles; b) Las normas registrales inmobiliarias. De entre estos dos, se optó por asimilar el régimen de las cosas muebles, a través de la búsqueda de un soporte material que representase al derecho y al que, por ser una cosa, y por tanto susceptible de posesión, se le pudiesen aplicar las normas de protección del tráfico que se recogen en el régimen jurídico de las cosas muebles.

Surge de esta forma el título valor, que es concebido como un instrumento jurídico en el que la conexión entre el derecho documento es tal, que se muestra el primero transfundido en el segundo, cuya suerte corre (sic). A ello obedeció su génesis, al extremo de que se afirma por algunos que la invención de los títulos valores constituyó una de las más importantes contribuciones de los comerciantes, primero, y de la dogmática mercantil, después.

En nuestros días, sin embargo, esta armoniosa construcción jurídica no responde a los requerimientos que originaron su éxito, particularmente en el campo bancario y bursátil, respecto de lo que se denomina valores mobiliarios, que se caracterizan por

53. En el Derecho italiano el acreedor pignoraticio ostenta una posición más fuerte que en nuestro ordenamiento, por cuanto el derecho de voto se le reconoce dentro de las asambleas extraordinarias (art. 2365 del Código Civil italiano). Cfr. PUGLIESE citado por SALINAS ADELANTADO, *op. cit.*, p. 329.

54. Expone PAZ-ARES que la disciplina de la cesión, tal y como está articulada por el Derecho común, no es que carezca de racionalidad; antes al contrario, está dotada de una racionalidad impecable, que se explica en función de dos condicionamientos de partida. Por una parte, como derechos generales y comunes no están destinados a circular. Y en segundo lugar, partiendo de su naturaleza técnico-estructural, los derechos que están llamados a circular por el cauce de la cesión constituyen realidades invisibles e intangibles "derechos incorporales". Es obvio, por tanto, que al carecer de un soporte apariencial, no pueden ser objeto de la protección de la confianza del tercer adquirente. El problema del derecho de obligaciones en este terreno es que carece de la publicidad que caracteriza al derecho de cosas. PAZ-ARES, Cándido. *El nuevo mercado de valores*. Conferencia impartida en el Seminario sobre el nuevo Derecho español y europeo del Mercado de Valores, organizado por el Consejo General del Notariado, Colegios Notariales de España, 21 de febrero de 1995.

ser títulos valores emitidos en masa; y la masificación de los títulos es lo que provoca que la *"servidumbre del papel"* se torne cada vez más gravosa.

La masificación corresponde a uno de los elementos definitorios de la estructura social moderna. Las nuevas relaciones jurídico-privadas propias de esta estructura socioeconómica son despersonalizadas y anónimas, caracteres que han forzado a las instituciones tradicionales a la exigencia de un nuevo derecho para la sociedad de masas, emanado de los poderes públicos más que de la autonomía de la voluntad y dirigido a la protección y dirección de esa masa social, que hacen difícil la aplicación aislada de los planteamientos tradicionales.

La emisión en masa de millares de títulos valores disparan los costes de administración, con lo cual se elevan considerablemente los *costes de impresión*, pues a medida que crece el volumen de títulos con papel especial encarecen su producción. También crecen, y no en menor proporción los *costes de custodia*. Pero, sobre todo, son los *costes de manipulación* del papel, de la manipulación necesaria para el ejercicio y transmisión de los derechos, los que se hacen insoportables.

Aunado a lo anterior, debe tomarse en consideración que de la nueva estructura económica actual se aprecia como la sociedad anónima se viene consolidando en los países desarrollados como fórmula jurídica básica de la organización empresarial, generando un importante proceso de capitalización que la lleva a aumentar el número de títulos en el mercado. Es apreciable, además, un cambio de mentalidad en los países desarrollados, en que el público inversor brinde preferencia por una riqueza eminentemente inmobiliaria, hacia formas de riqueza mobiliaria que poseen un reconocimiento público.

El grado de internacionalización alcanzado por la economía, en general, conduce a la negociación de los valores en mercados no domésticos, y tal negociación exige, a su vez, el desplazamiento de los títulos, con lo que se dificulta y encarece su gestión. Se debe añadir a lo anterior dos circunstancias más; de un lado, que una integración de los mercados financieros, apoyada en el desarrollo de los mecanismos informáticos, viene a impedir el desenvolvimiento normal de los sistemas de liquidación y compensación ideados para los títulos valores; de otra parte, que el propio almacenamiento de los títulos generaban un importante problema para los encargados de su depósito.

Dentro de este ámbito masificado "la decadencia de la documentación escrita" entendida en su sentido amplio como la utilización del papel para la constitución, ejercicio, prueba y transmisión de las relaciones jurídicas, puede contemplarse en un doble sentido: por un lado, la falta de eficacia que, por sí solos, se concede a los documentos escritos frente a los terceros (eficacia que solo se logra con la posterior inscripción registral), y por otro, la supresión total del documento y su sustitución por el asiento registral, fenómeno conocido como la *"desincorporación de los títulos valores"*.

La aspiración hacia un sistema de *"desincorporación"* del derecho respecto del documento derivado de la absolescencia del título constituye una variable que ha exigido su presencia en las legislaciones de avanzada, hasta alcanzar, hoy día, nuestras fronteras. Se ha destacado que asistimos a la aparición de nuevos negocios en la esfera del Derecho Mercantil, caracterizados por la prevalencia del principio de seguridad en el tráfico y la decadencia de la documentación escrita. Esta regulación vino de la mano, en nuestro país, con la promulgación de la actual Ley Reguladora del Mercado de Valores N° 7732 y publicada en La Gaceta N° 18 del 27 de enero de 1998, que implementa el instituto conocido como ***anotaciones en cuenta***, donde se sustituye la representación documental de los derechos a través de un asiento registral "artículos 2 y 115 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores".

B. Procedimiento de constitución de la prenda sobre anotaciones en cuenta

Para comprender lo referente a la prenda de valores anotados en cuenta, se debe tener presente, con carácter previo, que la estructura de los registros de las anotaciones en cuenta no es unitaria, sino que depende del hecho de que los valores coticen o no en un mercado secundario oficial.

Tratándose de bienes que cotizan, es preciso señalar que el registro de anotaciones en cuenta funciona con un sistema de *doble escalafón:* por un lado está el Registro Central, que se lleva mediante un sistema de *doble cuenta* que cada entidad adherida: a) una que refleja el saldo del que es titular cada momento la propia entidad adherida, b) otra, en la que se establece el *saldo global* de los valores que la entidad adherida tiene registrados en sus cuentas a nombre de terceros "artículos 117 y 118 de la L.M.V." (sic).

Por tanto, en el Registro Central no queda constancia de las posiciones concretas de los titulares individuales de los valores, para los que se establece un saldo global "art. 117 de la L.M.V.". Por otro lado, están los registros de las entidades adheridas, en los que se llevan, con referencia a cada valor, las cuentas correspondientes a cada titular, expresando en todo momento el saldo que le pertenezca "art. 118 de la L.M.V.".

En consecuencia, es aquí donde deben aparecer especificadas todas las titularidades concretas de los valores. Esta circunstancia tiene gran importancia en el caso de la prenda, porque será aquí donde conste toda la información relativa a este tipo de gravámenes.

Con carácter general, para la constitución de la prenda de anotaciones, la L.M.V. establece solo que: *"La constitución de cualquier clase de gravamen sobre los valores representados por medio de anotaciones electrónicas en cuenta, deberá inscribirse en la cuenta correspondiente. La inscripción de la prenda en la cuenta correspondiente equivaldrá al desplazamiento posesorio del título. La constitución del gravamen será oponible a terceros desde que se haya practicado la inscripción"*.

Partiendo de lo enunciado, es obligatorio reparar en una diferencia entre el régimen de la constitución y adquisición de los valores anotados y el que se establece en relación con la constitución del derecho real o gravamen sobre tales valores. En efecto, mientras que para la constitución y adquisición del valor la anotación se revela como constitutiva en los términos ya invocados, lo referente a la constitución de derechos reales "salvo lo relativo a la prenda", parece contemplada, en principio, como un derecho que se produce extraregistralmente y que luego deberá inscribirse en la cuenta correspondiente, caso del usufructo testamentario sobre acciones.

Asimismo, lo referente al contenido del citado artículo 123 de la L.M.V., se deduce que existen tres fases para la constitución de la prenda de anotaciones: 1. La acreditación ante la entidad adherida. 2. La inscripción en el registro contable. 3. El desglose del saldo.

La constitución de un derecho real de prenda sobre un saldo de deuda anotada pasa necesariamente por dos momentos diferenciados[55]. Un primer momento estaría constituido por la *"formalización del contrato de garantía"*, estipulado entre el pignorante (deudor o un tercero) y el acreedor pignoraticio. Un segundo momento estaría integrado por el procedimiento registral determinante de la *"perfección del contrato de garantía"*.

Precisamente, sobre la perfección del contrato de garantía, conviene recordar que en nuestro Derecho el contrato de prenda es de carácter real, esto es, se perfecciona por la entrega de la cosa pignorada. Ahora bien, en función de la especial naturaleza de la anotación en cuenta, se ha dispuesto un mecanismo por cuya virtud la constitución de derechos reales limitados u otra clase de gravamen sobre valores representados por medio de anotaciones en cuenta, deberá inscribirse en la cuenta correspondiente.

C. Efectos jurídicos

Los efectos jurídicos de la constitución de la prenda de anotaciones en cuenta se recogen en el citado artículo 123 de la L.M.V.[56] Conforme al tenor de la citada norma, se deduce que el legislador ha pretendido que la inscripción de la prenda de anotaciones en cuenta produzca los mismos efectos que la transmisión de la posesión de la prenda.

No obstante que la referida norma nada dispone acerca de la inmovilización de los valores pignorados, tal posibilidad se desprende de su propio contenido. En efecto, tratándose de prenda sobre un derecho de crédito no cartular, es evidente que, por la propia naturaleza incorporal de este, no hay posibilidad de entrega de la posesión. Entonces ¿cómo se constituye el derecho real de prenda? De forma sucinta es dable responder a esta interrogante diciendo que la constitución se produce no por atender el presupuesto del desplazamiento posesorio, sino por establecer mecanismos que permitan el cumplimiento de la finalidad de dicho desplazamiento posesorio, de ahí que sea necesario acudir a una posesión impropia, esto es, aquella que tiende a

55. MUÑOZ CERVERA, Miguel. Prenda sobre valores públicos representados mediante anotaciones en cuenta. En: *Tratado de garantías de la contratación mercantil*. Tomo II. Garantías Reales, Vol. 1, Garantías Mobiliarias, Madrid, Civitas, 1ª Edición, 1996, p. 751.

56. Para el Derecho italiano la norma equivalente es el art. 7.2 de la Ley de la Monte Titoli que dice que: "L'iscrizione del vincolo nel registro, ai sensi del comma 1, produce gli effetti propi della costituzione del vincolo sul titolo. Resta fermo, per i titoli nominativi, l'obligo dell'annotazione nel registro dell'emittente. Véase MARTORANO, Federico. La Gestione Accentrata dei Titoli di Credito nel Diritto Italiano. La Monte Titoli S.p.A. En: *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil*. Homenaje a Evelio Verdera y Tuells, Tomo II, Madrid, La Ley, 1994, p. 1779.

lograr la inmovilización del derecho de crédito y, con el mismo, poner al derecho en un estado de hecho que impidiera realizar el crédito a persona distinta del acreedor pignoraticio[57].

Lo anterior evidencia las dificultades insuperables para la transmisión de los valores gravados, por cuanto se priva al titular del valor anotado de la facultad de disposición. Ello por cuanto, como se dijo, la inscripción de la constitución de la prenda equivale al desplazamiento posesorio[58] "por lo que tal anotación ha de comportar la indisponibilidad de la acción pignorada por parte del titular". En todo caso, resulta claro que, tal y como está diseñado el régimen de anotaciones en cuenta en la L.M.V., esto es, sin previsión acerca de un auténtico sistema de publicidad –la seguridad, la certeza y, por tanto, la eficiencia del sistema–, requiere considerar intransmisibles los valores empeñados[59].

Por otra parte, el legislador ha querido dejar sentado el efecto *erga omnes* de esos derechos o gravámenes. Dice el artículo 123 in fine *"La constitución del gravamen será oponible a terceros desde que se haya practicado la inscripción"*. Esta eficacia *erga omnes* significa dos cosas: 1. Que la prenda es oponible frente a los acreedores del constituyente. 2. Que es oponible ante los terceros adquirentes de los valores.

1- *Oponibilidad frente a los acreedores del constituyente*

Que la prenda es oponible a terceros quiere decir que los acreedores personales del pignorante habrán de pasar por el derecho preferente del acreedor pignoraticio, que está facultado para satisfacer su crédito con el importe obtenido de la enajenación de los valores empeñados, con exclusión de cualquier otro acreedor (hasta la concurrencia de su derecho).

Esta circunstancia tiene dos aplicaciones muy importantes: primero, en los procedimientos concursales, el acreedor pignoraticio de una prenda de anotaciones gozará del derecho de separación y de abstención; segundo, en la ejecución individual de los terceros no preferentes, en la que parece que la existencia de la prenda debe neutralizar los embargos de estos.

2- *Oponibilidad frente a terceros adquirentes de los valores*

En este caso, el problema es saber si el acreedor pignoraticio se encuentra protegido frente a un tercero que adquiriese la propiedad de los valores sin conocer la existencia del gravamen. En nuestra opinión, la respuesta es claramente afirmativa, pero no por la existencia de un mecanismo de protección en particular, sino porque es imposible la existencia de una prenda de anotaciones con respecto a la que un tercero pueda ser considerado de buena fe.

El hecho de que la prenda de anotaciones, al igual que en la hipoteca, la inscripción tenga carácter constitutivo, hace que solo exista como tal si se encuentra inscrita en aquel.

En el derecho de sociedades es conocida la prenda de acciones que se halla regulada en el artículo 139 bis del Código de Comercio, que refiere a los legitimados para el ejercicio del derecho de voto. En tal sentido, es de interés señalar que para la participación en las juntas de accionistas era necesario aportar el título accionario, en el caso de las acciones anotadas bastaría con aportar la constancia por tratarse de acciones sin título.

57. Véase sobre los efectos de la constitución de la prenda sobre un derecho de crédito no cartular MUÑOZ CERVERA: Prenda sobre valores públicos..., p. 770.

58. Apunta el autor SANTOS MARTÍNEZ que la constitución de este contrato real en un registro regido por principios coincidentes con los del Registro de la Propiedad, conduce a pensar que, en rigor, se asemeja más que a la prenda, a la hipoteca. Más precisamente, a la hipoteca mobiliaria sobre la propiedad industrial y la intelectual. Sostiene que en los mismos términos sería concebible igualmente una hipoteca mobiliaria sobre valores que no tienen un *corpus documental* autónomo, sino la expresión informatizada en un registro contable. Que la L.M.V. hable de "prenda de acciones" puede explicarse como un arrastre de la terminología tradicional relativa a los títulos "prenda de valores, prenda de acciones"-. Pero si la línea divisoria entre la prenda e hipoteca se halla en el dato de si produce o no el efectivo o material desplazamiento posesorio del bien gravado, hipoteca será lo que hay aquí y no prenda. SANTOS MARTÍNEZ, Vicente. Acciones y obligaciones representadas mediante anotaciones en cuenta. En: *Derecho de sociedades anónimas*. II Capital y Acciones, Vol 1, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1ª Edición, 1994, p. 482.

59. En España, a través del Real Decreto 116/92 de 14 de febrero, se conduce a la posibilidad de admitir la transmisión de los valores gravados. Los artículos 18 y 19 del Real Decreto facultan al titular del derecho real para obtener de la entidad encargada o adherida un certificado de legitimación, referido, claro está, a su derecho, y el art. 21.2 contempla la hipótesis de la transmisión de los valores, para establecer que usufructuario, acreedor pignoraticio o titular de gravámenes restituya el certificado que tenga expedido a su favor tan pronto como le sea notificada la transmisión de los valores, aunque ello sin perjuicio que pueda solicitar y obtener la expedición de uno nuevo. Véase SANTOS MARTÍNEZ, p. 484.

Después de las anteriores consideraciones realizadas, en nuestra opinión, el sistema de constitución de la prenda, mediante valores anotados en cuenta, presenta algunas deficiencias, destacándose en particular que la normativa legal prevista en la L.M.V. presenta una limitada información sobre la inscripción de la prenda en el registro de anotaciones. De los textos legales se desprende que el citado registro constatará, como mucho, la existencia de la prenda y la identidad del acreedor pignoraticio, quedando al margen aspectos tan importantes como el crédito garantizado o la fecha de constitución.

Recomendaciones aprobadas por el Consejo Directivo de la Escuela Judicial durante el año 2001

Recomendaciones aprobadas por el Consejo Directivo de la Escuela Judicial durante el año 2001

CONTENIDO

1. SESIÓN 12-01	Artículo IX, del catorce de junio de dos mil uno: NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA EN MATERIA DE TRÁNSITO.
2. SESIÓN 14-01	Artículo II, del dieciocho de julio de dos mil uno: MEDIO IDÓNEO PARA AGILIZAR EL ENVÍO DE LAS ÓRDENES DE APREMIO CORPORAL EN MATERIA DE PENSIONES ALIMENTARIAS.
3. SESIÓN 15-01	Artículo V, del veintitrés de agosto de dos mil uno: REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LAS SOLICITUDES DE RECOMENDACIONES O CONSULTAS ENVIADAS A LA ESCUELA JUDICIAL.

SESIÓN Nº 12-01

CONSEJO DIRECTIVO DE LA ESCUELA JUDICIAL,
del catorce de junio de dos mil uno.

Notificación de la sentencia en materia de tránsito

ARTÍCULO IX

El Lic. José Arturo Barrantes Conejo, Juez Penal de San Carlos, realiza una consulta formal sobre Acta de Notificación y dice:

> "De la manera más respetuosa, solicito se evacue la siguiente consulta, en el sentido de que se me aclare si en un proceso de tránsito, en el acta del juicio oral y público se ordena que las partes quedarán notificadas con la lectura integral de la sentencia señalando unas horas después de efectuado el debate, advirtiendo el Secretario que pueden llamar por teléfono para ser informadas, ahora si una de las partes no comparece, en razón de utilizar dicha vía telefónica, podrá quedar automáticamente notificada o bien será necesario que la parte ausente sea notificada formalmente mediante acta de notificación. A continuación expongo el ejemplo del caso que tengo pendiente de resolver, a efecto de hacer más explícita mi consulta. El juicio Oral y Público se llevó a cabo el 9 de marzo del año 2001, ordenándose que las partes quedarían notificadas con la lectura de la sentencia ese mismo día a las 16:00 horas y por costumbre se les indica que si quieren pueden llamar por teléfono para informarles del resultado. Ahora bien, a esa lectura no se hizo presente una parte, toda vez que fue informada vía telefónica que el resultado le fue favorable al haberse dictado una absolutoria, mientras que la parte que se hizo presente al momento de la lectura presenta apelación del fallo hasta el 15 de marzo de los corrientes (aparentemente en forma extemporánea) y no es, sino hasta el 30 de marzo que notifican de la sentencia a la parte ausente (que resultó beneficiada con la sentencia al dictarse una absolutoria). Es aquí donde surge mi duda en el sentido de que si esa última notificación surte algún efecto procesal aun cuando las partes ya habían sido advertidas de que con la lectura de dicha sentencia quedaban notificadas, lo cual obviamente puede causarle un agravio a la parte que resulta beneficiada. Les ruego, evacuar mi consulta lo antes posible a efecto de no atrasar el procedimiento."

-0-

La **Licda. Priscilla Solano Castillo**, Abogada Asistente de la Escuela Judicial, en oficio UJ-178-01 del 16 de mayo de 2001, dice:

> "Sirva la presente para presentarle la respuesta a la consulta planteada por el **Lic. José Arturo Barrantes Conejo**, Juez Penal de San Carlos, sobre el tema de notificaciones en materia de tránsito, para que sea conocida por el Consejo Directivo en el momento oportuno."

Dicha consulta se evacuó luego de haber constatado que se cumplieran todos los requisitos de admisibilidad tales como:

- La consulta provenga de un juez.
- Que se trate un tema en general.
- Que no se esté ventilando un caso pendiente de resolución.

En lo relativo al fondo y luego de haber realizado un estudio jurisprudencial al respecto, manifiesto:

De conformidad con la consulta planteada por usted sobre el acta de notificación en los procesos de tránsito; en la cual el Lic. Barrantes plantea la interrogante: **¿A partir de qué momento es que las partes se encuentran debidamente notificadas?**; y propone 2 opciones de respuesta que se desglosan a continuación:

a- Con la lectura integral de la sentencia.
b- Mediante un acta de notificación.

Es importante señalar que la Sala Tercera ya ha resuelto ese punto mediante el voto 00884-2000 de las nueve horas con cincuenta minutos del cuatro de agosto de dos mil. Mediante el cual establece en lo conducente lo siguiente:

> *" ... de acuerdo con lo previsto en el artículo 364 del Código de la materia, que dispone en su último párrafo que "**la sentencia quedará notificada con la lectura integral y las partes recibirán copia de ella**", por lo que al indicar el artículo 445 ibíd. que el correspondiente recurso debe interponerse "**dentro del plazo de quince días de notificada**", dicho término debe contarse a partir del día siguiente en que se efectuó tal lectura, bajo pena de inadmisibilidad. Lo anterior no reviste mayor dificultad para los casos en que los imputados se encuentran libres, o si encontrándose detenidos solicitan ser trasladados al Despacho respectivo para cumplir con el mencionado acto judicial en que escucharán de "viva voz" la lectura del fallo y obtienen por ende su notificación (recibiendo a su vez las copias pertinentes)... (...) Por otra parte, cabe aclarar además que, pese a que la entrega de la copia de la sentencia se hizo por los canales normales utilizados por el Despacho para efectuar notificaciones, es lo cierto que este acto no puede estimarse técnicamente como una notificación, pues la diligencia formal de esta acta lo es la lectura integral, a cuya comparecencia renunció el acusado..."*

De igual forma, la Sala Constitucional en la sentencia 1502-92, de las 14:00 horas del 10 de junio de 1992 y la Sala Tercera mediante el voto N° 378 del 14 de abril de 2000, señalan lo siguiente:

> *"De igual manera, debe señalarse que en este asunto no se observa negligencia del Estado ni una situación involuntaria por la cual el encartado no haya comparecido a la lectura del fallo, que imponga la necesidad de reponer tal formalidad mediante la notificación por escrito, de acuerdo con los lineamientos esbozados, sino que se trata de la expresa renuncia del acusado a comparecer a la lectura y al hacerlo, acepta las consecuencias de esta decisión, como son el innegable cómputo del plazo en forma común "para todos los intervinientes en el proceso" a partir de la lectura integral, a los efectos de impugnar el fallo."*

En este sentido, tomando como parámetro las disposiciones vigentes a la fecha de la Sala Constitucional y la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, y el carácter vinculante de la Sala Constitucional, se desprende de las sentencias supracitadas que se tiene por notificada la sentencia con la lectura integral de la misma.

SE ACUERDA: aprobar el informe rendido por la Licda. Priscilla Solano Castillo. Comuníquese al Lic. José Arturo Barrantes Conejo, Juez Penal de San Carlos.

* * *

SESIÓN Nº 14-01

CONSEJO DIRECTIVO DE LA ESCUELA JUDICIAL,
del dieciocho de julio de dos mil uno.

Medio idóneo para agilizar el envío de las órdenes de apremio corporal en materia de pensiones alimentarias

La **Licda. Alejandra Monge Arias**, Abogada Asistente de la Escuela Judicial, en oficio UJ-274-2001 del 28 de junio del año en curso, remite respuesta a la consulta realizada por el Lic. Róger León Zárate, Juez de Palmares y dice:

> "En consulta planteada por el Lic. Róger León Zárate, Juez de Palmares, solicita a la Escuela Judicial (...) un criterio en relación con la utilización del servicio de fax en materia de Pensiones Alimentarias, en particular el envío de órdenes de apremio por esa vía a las diferentes delegaciones de policía administrativa del país."

Por otra parte, somete a consulta: "el criterio errado de las autoridades administrativas del país, incluyendo al Director de la Reforma, en tanto interpretan que las órdenes de apremio tienen vencimiento de un mes, lo anterior generado en una circular que indica, las "ÓRDENES DE CAPTURA", tienen vencimiento mensual. Órdenes de captura o rebeldía, lo son para la materia penal, por lo que Órdenes de Apremio Corporal, lo son en Materia Alimentaria, y no tienen vencimiento mensual (...)"

Aporta junto con la consulta la siguiente documentación:

- Manifestación de la señora Delia Vargas Carvajal, en expediente por Pensión Alimentaria contra Oscar Capo Gregoire, de donde se desprende, según el Lic. León, que el demandado fue dejado en libertad no obstante contar el delegado policial con la orden de apremio remitida por fax.
- Manifestación de la señora Yanori Villegas Campos, en expediente contra Wílberth Rodríguez Peraza, en el sentido que existen autoridades que dejan que los apremios venzan, y si no los devuelven los botan al mes.

Asimismo, indica el Lic. León que el hecho manifestado por la señora Villegas Campos, lo puso en conocimiento de la Sección de Inspección Policial del Ministerio de Seguridad Pública.

El Consejo Superior ha emanado directrices al respecto, las cuales son fundamentales para resolver la consulta del Lic. León:

En la sesión del Consejo Superior del 11 de agosto de 1987, artículo LV, se conoció el oficio Nº 233-97-DCMSP de 4 de agosto de 1987, en el cual la Licda. Alejandra Araya Chaverri, Jefa del Departamento de Capturas y Desalojos del Ministerio de Seguridad Pública, manifestaba:

> "(...)El Departamento de Capturas del Ministerio de Seguridad Pública tiene a su cargo la ejecución de las capturas de pensión alimentaria en lo que corresponde al casco metropolitano, de tal manera que los despachos envían las órdenes vía correo a nuestras oficinas y de inmediato se procede a ejecutarla.
>
> Sin embargo, (...) los funcionarios del Centro de Admisión de San Sebastián no proceden a recibir a los demandados alegando que por instrucciones de las distintas alcaldías, cuando la orden de

apremio tenga más de un mes de emitida, no debe de ingresarse y que esa orden ya está vencida.

(...) Ahora bien, con todo respeto le solicito me indique, el contenido legal de esta disposición, según la Ley de Pensiones.

Todo lo anterior, para buscar una solución con miras del beneficio de los intereses de los menores los cuales se verían seriamente afectados ante esta situación."

"Se acordó: 1) Comunicar a la Licda. Araya Chaverri que la policía administrativa debe cumplir la orden judicial de arresto dentro del *plazo del mes*[1] por esta fijado, el cual se computa a partir de la fecha de emisión que tiene la orden. 2) Para efectos de agilizar el envío de las órdenes de captura al Ministerio de Seguridad Pública, debe utilizarse el servicio de correo interno que existe dentro del Poder Judicial, para lo cual se publicará una circular en el Boletín Judicial."

A raíz de esta consulta, se emitió la circular N° 80-97.

"A LAS ALCALDÍAS DE PENSIONES ALIMENTARIAS[2] *DEL PAÍS*

SE LES HACE SABER:

Que el Consejo Superior en sesión N° 62-97 celebrada el 11 de agosto de 1997, artículo LV, acordó comunicarles que para agilizar el envío de las órdenes de captura al Ministerio de Seguridad Pública, debe utilizarse el servicio de correo interno que existe dentro del Poder Judicial".

Posteriormente, en sesión del 25 de noviembre de 1999, artículo XXXIX, se conoció una nota de la Comisión permanente para el seguimiento y prevención de la violencia doméstica en el Poder Judicial, que señalaba:

"(...) Hemos recibido el informe que se adjunta a la presente, remitido por la Licda. Sandra Piszk, Defensora de los habitantes, en trámite seguido en denuncia presentada por (...) por omisiones de la acción de funcionarios de la Quinta Comisaría en cuanto a las órdenes de pensiones alimenticias (sic) en el Juzgado contravencional de Desamparados.

(...) se acordó, recomendar al Consejo Superior, y a efecto de evitar situaciones de atraso en la recepción de las órdenes de apremio corporal, que se valore la urgencia en la jurisdicción de Pensiones alimenticias (sic), de mejorar los mecanismos en el correo interno para evitar situaciones como las que se denuncian, con la finalidad de buscar soluciones prácticas en el mejoramiento del servicio al usuario que acude a los Tribunales de Justicia."

"Se acordó: Tomar nota de la comunicación anterior y reiterar a los Despachos Judiciales que tramitan materia de pensiones alimentarias, la circular N° 80-97 publicada en el Boletín Judicial N° 179 del 18 de setiembre de 1997, sobre las órdenes de captura que se remiten al Ministerio de Seguridad Pública, (...)"

La circular 80-97 se publicó en el Boletín Judicial N° 24 del 3 de marzo de 2000.

Por lo anterior, con base en la documentación citada se resuelve la consulta; en el sentido que de acuerdo con las directrices emanadas directamente del CONSEJO SUPERIOR el medio idóneo para agilizar el envío de las órdenes de apremio corporal, lo es la utilización del correo interno y que el plazo de vencimiento de las mismas es del mes por esta fijado, el cual se computa a partir de la fecha de emisión que tiene la orden."

SE ACUERDA: aprobar el informe anterior. Comuníquese al Lic. Róger León Zárate, Juez de Palmares. ACUERDO FIRME.

1. El resaltado no es del original.
2. El resaltado no es del original.

SESIÓN Nº 15-01

CONSEJO DIRECTIVO DE LA ESCUELA JUDICIAL,
del veintitrés de agosto de dos mil uno.

Requisitos de admisibilidad de las solicitudes de recomendaciones o consultas enviadas a la Escuela Judicial

ARTÍCULO V

El **Lic. Otto González Vílchez**, Abogado Asistente de la Escuela Judicial, en oficio UJ-272-2001 del 6 de julio del año en curso, dice:

> "Le remito informe sobre la consulta solicitada a su persona por parte del abogado litigante Lic. Melvin Rojas Ugalde, a efectos que sea sometida a consideración del Consejo Directivo de la Escuela Judicial.
>
> En este informe, la consulta no se resuelve por el fondo, sino que se hace un rápido análisis de los requisitos de admisibilidad que debe tener toda solicitud de recomendación que se haga a la Escuela Judicial."

"INFORME SOBRE LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LAS SOLICITUDES DE RECOMENDACIONES O CONSULTAS ENVIADAS A LA ESCUELA JUDICIAL

1. **Introducción**

Este informe tiene su origen en la solicitud presentada por el abogado litigante Lic. Melvin Rojas Ugalde, en la que le solicita a la Dirección el criterio de la Escuela Judicial respecto de la interpretación del artículo 214, inciso 6) del Código Procesal Civil, en lo referente a la aplicación de este artículo dentro del proceso de ejecución de sentencia.

Debido a que la presente consulta tiene ciertas particularidades: es presentada por un abogado litigante y trata sobre un proceso activo, se hace necesario por parte del suscrito realizar un análisis y sistematización de los requisitos de admisibilidad que debe tener toda solicitud de consulta o recomendación que se someta a la Escuela Judicial, a efecto de que quede claro cuándo y en qué casos el Consejo Directivo puede emitir una recomendación o evacuar una consulta, dentro de los parámetros que indique la ley y los mismos precedentes emitidos durante los últimos años por este órgano colegiado.

Para poder analizar la consulta planteada por el Lic. Rojas Ugalde, es necesario indicar previamente cuáles son los requisitos de admisibilidad que debe tener toda solicitud de este tipo, así mismo determinar la naturaleza y alcances de las recomendaciones emitidas por la Escuela Judicial, para concluir si se puede o no evacuar la consulta planteada por el mencionado profesional.

2. **Origen y naturaleza jurídica de las recomendaciones o consultas emitidas por la Escuela Judicial**

El origen de lo que tradicionalmente se ha conocido como consultas que evacua la Escuela Judicial, se establece en el artículo 6, inciso b) de la Ley de Creación de la Escuela Judicial, que en lo que interesa indica:

"El Consejo Directivo tendrá las siguientes atribuciones: ...b) Dictar las recomendaciones tendentes a eliminar actuaciones y procedimientos innecesarios, a fin de evitar la duplicidad o complicaciones y los trámites inconvenientes."

Desde la promulgación del citado artículo en 1981, el Consejo Directivo ha venido utilizando este instrumento como una forma de colaborar, sobre todo con el ámbito jurisdiccional, en el mejoramiento de la tramitación que realizan los despachos judiciales.

Las recomendaciones o consultas no solo tienen su fundamento y origen en la Ley de Creación, sino también en la naturaleza de la Escuela Judicial como órgano auxiliar de justicia, tal y como lo indica la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 149:

"Además de otros órganos que establezcan la ley o el reglamento, actuarán como auxiliares de la administración de justicia: el Ministerio Público, el Organismo de Investigación Judicial, la Defensa Pública, la Escuela Judicial, el Centro Electrónico de Información Jurisprudencial y el Archivo y Registros Judiciales."

Precisamente, las consultas o recomendaciones que emite la Escuela Judicial por medio de su Consejo Directivo, se deben ver como un servicio de colaboración y asistencia que brinda la Escuela no solo a los órganos jurisdiccionales sino también a los otros auxiliares de justicia y a los órganos administrativos del Poder Judicial.

Es importante resaltar que no es a cualquier persona y en cualquier caso que la Escuela Judicial puede evacuar las consultas que se le sometan, debido a que este instrumento de colaboración debe llenar ciertos requisitos de admisibilidad con el fin de que se autorice jurídicamente a la Escuela Judicial a emitir un criterio técnico-jurídico.

A continuación, expondré los requisitos básicos que debe llenar toda solicitud en la que se pretenda que la Escuela Judicial emita su criterio sobre algún asunto en particular.

3. Requisitos de admisibilidad de las solicitudes de consultas o recomendaciones sometidas a la Escuela Judicial

Los requisitos de admisibilidad de las solicitudes de consultas o recomendaciones podemos extraerlos de la misma Ley de Creación de la Escuela, así como de los criterios que ha emitido el Consejo Directivo en los últimos años.

De conformidad con lo anterior podemos clasificar los requisitos de admisibilidad de las solicitudes de consultas o recomendaciones de la siguiente manera:

Requisitos subjetivos: estos hacen referencia a los sujetos legitimados para poder realizar consultas ante la Escuela Judicial.

Requisitos objetivos: se refieren a los contenidos o al tipo de materias que pueden ser objeto de la consulta, así como a la no interferencia con las opiniones jurisdiccionales.

3.1. Requisitos subjetivos

Estos requisitos hacen referencia a los sujetos legitimados para plantear consultas ante la Escuela Judicial, al respecto el Consejo Directivo ha indicado:

"SE ACUERDA: Denegar la petición del Lic. S.C., por cuanto las consultas a resolver por la Escuela Judicial, deben ser hechas por el Jefe de una oficina judicial, y en su defecto por el secretario del despacho, la cual tendrá que venir con el visto bueno de su jefe inmediato. Comuníquese."

CONSEJO DIRECTIVO DE LA ESCUELA JUDICIAL, Sesión N° 12-97 de las once horas del veintitrés de julio de mil novecientos noventa y siete, artículo IV.

De este importante acuerdo del Consejo Directivo se pueden extraer los requisitos subjetivos, o en otras palabras, los sujetos que pueden presentar consultas ante la Escuela Judicial:

a. Solo pueden presentar consultas los jefes de una oficina judicial: **este requisito tiene como efecto contrario que no podrían presentar solicitudes de consultas o recomendaciones, personas ajenas al Poder Judicial. Lo anterior tiene sustento en que la Escuela Judicial es un órgano creado para capacitar a los servidores judiciales tal y como lo establece el artículo 1 de su Ley de Creación que dispone:**

"Créase la Escuela Judicial –como órgano del Poder Judicial– la cual tendrá a su cargo la formación y capacitación de los servidores de ese Poder."

Por lo tanto, la Escuela como órgano de capacitación y auxiliar de justicia, debe brindar sus servicios de manera exclusiva y prioritaria al Poder Judicial y uno de estos servicios es emitir consultas o recomendaciones a los distintos despachos de este poder. Se debe aclarar que las solicitudes de consulta pueden ser realizadas no sólo por órganos jurisdiccionales, sino también por órganos auxiliares de justicia y del ámbito administrativo del Poder Judicial.

b. Pueden presentar consultas los auxiliares judiciales de una oficina judicial pero con el visto bueno del Jefe del despacho: este requisito tiene una utilidad práctica y es evitar que el trámite de consultas o recomendaciones que se haga ante la Escuela Judicial sirva para tratar de resolver diferencias entre los auxiliares judiciales y sus jefes inmediatos, por lo que es muy recomendable que si un auxiliar judicial tiene una duda respecto a un procedimiento o trámite interno del despacho, lo consulte a su superior y si ambos la tienen, la sometan a consideración de la Escuela Judicial.

En síntesis, solo funcionarios judiciales pueden presentar consultas ante la Escuela Judicial, como lo hemos mencionado anteriormente. En el caso de que la consulta sea presentada por una persona externa al Poder Judicial lo recomendable es rechazar la solicitud y no entrar en ningún momento al análisis de fondo.

3.2. Requisitos objetivos

Los requisitos objetivos se refieren a los asuntos que pueden ser objeto de consulta o recomendación ante la Escuela Judicial, se podría decir que se hace referencia a una especie de competencia que tiene la Escuela Judicial para emitir opiniones de carácter técnico-jurídico en ciertas materias y circunstancias. En este sentido el Consejo Directivo de la Escuela Judicial ha dicho:

"SE ACUERDA: que desprendiéndose de la anterior consulta que formula el Lic. J.A.G.C., Defensor Público de Grecia, que en la misma existe un fallo firme condenatorio de la Alcaldesa de Faltas y Contravenciones de Grecia, no es conveniente evacuar su consulta."

CONSEJO DIRECTIVO DE LA ESCUELA JUDICIAL, Sesión 17-92 de las trece horas del primero de setiembre de mil novecientos noventa y dos, artículo XI.

"SE ACUERDA: declarar la incompetencia de la Escuela para conocer de esta consulta, según Ley de Creación de la Escuela Judicial (Capítulo II, Artículo 6, inciso b) que literalmente dice: "Artículo 6. – El Consejo Directivo tendrá las siguientes atribuciones:
...b) Dictar las recomendaciones tendientes a eliminar actuaciones y procedimientos innecesarios, a fin de evitar la duplicidad o complicaciones y los trámites inconvenientes."

De conformidad con esa normativa y, en vista de que se está cuestionando una resolución judicial específica en un expediente también específico, esta Escuela no puede entrar a emitir criterio ni a favor ni en contra de los criterios ya vertidos, sea por autoridad jurisdiccional o por alguna de las partes. Devuélvanse los documentos objeto de esta consulta a la Comisión de Asuntos Penales."

CONSEJO DIRECTIVO DE LA ESCUELA JUDICIAL, Sesión N° 3-95, de las doce horas del veinticuatro de enero de mil novecientos noventa y cinco, artículo VII.

SE ACUERDA: Comunicar al Lic. M.G. que este Consejo no tiene facultad legal de resolver consultas sobre casos particulares, que se encuentran en proceso de instrucción. Para que sea tomado en cuenta por él y las demás autoridades judiciales del país, se han hecho las consideraciones anteriores sin que ello signifique afán de dirimir ningún conflicto particular, ni exista ningún criterio vinculante para ninguna de esas autoridades."

CONSEJO DIRECTIVO DE LA ESCUELA JUDICIAL, Sesión 5-95, de las doce horas del veintiuno de febrero de mil novecientos noventa y cinco, artículo VI.

SE ACUERDA: informar a la Licda. V.E.M., que la pregunta correspondiente al Punto N° 1 no se le evacua, porque es un aspecto de interpretación que corresponde hacer al Juzgador. Con respecto a los puntos N° 2 y N° 3 se contesta conforme a los planteamientos presentados por el Lic. E.R.C. Comuníquese.

CONSEJO DIRECTIVO DE LA ESCUELA JUDICIAL, Sesión 8-97, de las once horas del siete de mayo de mil novecientos noventa y siete, artículo VI.

De los anteriores pronunciamientos del Consejo Directivo, se pueden extraer los casos en que se puede o no evacuar una consulta planteada a la Escuela Judicial:

a. **La Escuela Judicial solo se puede pronunciar sobre cuestiones procesales o de trámite administrativo:** esto se refiere a que, de conformidad con el citado artículo 6, inciso b) de la Ley de Creación, la Escuela Judicial puede evacuar consultas de orden procesal, cuando estamos en presencia del ámbito jurisdiccional o de trámite administrativo, cuando la consulta es planteada por un órgano perteneciente al ámbito administrativo del Poder Judicial.
   Se debe aclarar que en los casos de consultas planteadas por un órgano jurisdiccional, los puntos que pueden ser tratados solo han de ser procesales y nunca sobre derecho de fondo, debido a que la citada norma no indica que la Escuela pueda evacuar consultas de derecho de fondo.

b. **La Escuela Judicial no puede pronunciarse en asuntos específicos que se encuentren en trámite:** significa que las consultas que se presenten deben referirse a aspectos generales del procedimiento y no se debe indicar casos específicos o solicitar criterios a la Escuela Judicial para resolver casos activos y determinados. Es importante tomar en cuenta que esta disposición es muy sana y pretende evitar que la Escuela Judicial se involucre en casos que se están resolviendo en los tribunales y en los cuales solo el juez es el competente para su resolución.

c. **No se puede cuestionar una resolución judicial:** las solicitudes de consulta presentadas ante la Escuela Judicial no pueden cuestionar resoluciones judiciales, esto debido a que en aplicación de principios constitucionales un órgano auxiliar de justicia no puede entrar en contradicción con lo indicado por un órgano jurisdiccional que es al fin y al cabo el que puede emitir un criterio definitivo sobre un determinado asunto.

d. **La Escuela Judicial no puede entrar a interpretar aspectos que le corresponden en forma exclusiva al juez:** al igual que en el punto anterior, la Escuela Judicial por ningún motivo puede evacuar consultas que invadan la competencia del juez.

En síntesis, si una solicitud de consulta o recomendación presentada ante la Escuela Judicial, no se ajusta a lo anterior, es recomendable rechazarla y no entrar al análisis de fondo.

4. El procedimiento adecuado que se debe seguir en la tramitación de las solicitudes de consulta o recomendaciones que se someten a la Escuela Judicial

Es importante sistematizar en el presente informe, el procedimiento que tradicionalmente la Escuela Judicial ha efectuado cuando se le solicita su criterio de conformidad con el artículo 6, inciso b) de su Ley de Creación. Además, es relevante aportar algunas sugerencias respecto de este procedimiento que pueden ayudar a efectuarlo de una manera más rápida y eficaz.

El procedimiento se puede dividir en las siguientes fases:

1. **Recepción de la solicitud de consulta:** el procedimiento comienza con la recepción por parte de la Escuela de la solicitud de consulta, es importante indicar que a dicha solicitud no se le exige ningún tipo de formalidad, pero es recomendable que indique como mínimo lo siguiente: que esté dirigida a la Escuela Judicial, al Director o al Consejo Directivo, que se solicite expresamente que la Escuela Judicial emita un criterio técnico-jurídico, y que venga la firma y nombre del funcionario que realiza la consulta.
2. **Asignación por parte de la Dirección de la solicitud de consulta o recomendación a un abogado asistente:** si la solicitud llena los requisitos mínimos indicados anteriormente, la Dirección de la Escuela debe asignar a un abogado asistente a efecto de que estudie y prepare un proyecto de respuesta a la consulta planteada.
3. **Rechazo de la solicitud de consulta por no llenar los requisitos de admisibilidad:** es criterio del suscrito, que cuando una solicitud de consul-

ta no llene los requisitos de admisibilidad que anteriormente mencionamos, lo recomendable es rechazarla previamente y enviar al solicitante un oficio mediante el cual se le indique las razones del porqué no se entra a analizar la consulta, (sobre todo fundamentando que no llena los requisitos de admisibilidad). En este aspecto es relevante indicar, que no es necesario someter a consideración del Consejo Directivo el rechazo de una consulta que no llene los requisitos de admisibilidad y que con solo la firma del Director en el oficio de respuesta es más que suficiente.

4. **Sometimiento del proyecto de consulta ante el Consejo Directivo:** si la solicitud de consulta llena los requisitos de admisibilidad lo recomendable es la elaboración de un proyecto de respuesta de la consulta por parte del abogado asistente asignado y someterla por medio de la Dirección de la Escuela Judicial al Consejo Directivo para que este último emita su criterio.
5. **Acuerdo del Consejo Directivo que emite la recomendación o consulta en firme:** si el Consejo Directivo aprueba el proyecto de consulta, el acuerdo firme será comunicado al funcionario que solicitó el criterio técnico jurídico, y este se constituirá en una opinión oficial de la Escuela Judicial.

5. Efectos de las recomendaciones o consultas emitidas por la Escuela Judicial

Es relevante indicar los efectos que tienen las recomendaciones o consultas emitidas por la Escuela Judicial dentro del Poder Judicial, el principal efecto es que no son vinculantes para el órgano o persona que realiza la consulta ni para ninguno de los despachos judiciales o administrativos. Lo anterior se debe a la naturaleza de este tipo de opinión, que consiste en una colaboración o recomendación que le puede servir a las personas u órganos que la solicitan a efectos de resolver o tramitar de una mejor manera los casos o situaciones que se les presentan.

6. Análisis de la admisibilidad de la consulta planteada por el Lic. Rojas Ugalde

De conformidad con lo indicado en el presente informe, la solicitud de consulta planteada por el Lic. Melvin Rojas Ugalde no llena ni los requisitos subjetivos ni objetivos de admisibilidad necesarios para poder entrar a evacuar el fondo del asunto.

Es evidente que el Lic. Rojas Ugalde no es funcionario judicial, por lo que, desde este punto de vista, no es procedente evacuarle su consulta. Además, en su solicitud consulta un caso en trámite (inclusive se citan los números de los expedientes) y por último cuestiona una resolución judicial.

Por lo anterior, se recomienda al Consejo Directivo rechazar la presente solicitud de consulta sin entrar al fondo del asunto y comunicárselo al Lic. Melvin Rojas Ugalde.

7. Conclusiones y recomendaciones

Del presente informe se pueden extraer las siguientes conclusiones y recomendaciones:

Conclusiones:

1. Las consultas presentadas ante la Escuela Judicial deben llenar los requisitos subjetivos y objetivos de admisibilidad que tradicionalmente han sido establecidos por los acuerdos del Consejo Directivo en los últimos años.

2. El procedimiento que se debe seguir en el trámite de consultas se divide en cinco fases, las cuales son las más recomendables para dar un trámite rápido y eficaz a las solicitudes que se presenten ante la Escuela Judicial.

3. En los casos en que las solicitudes de consulta no llenen los requisitos de admisibilidad, deben rechazarse y no entrar al análisis de fondo. Además, no es necesario que se sometan estos casos al Consejo Directivo.

4. Las consultas no son vinculantes pero son una ayuda o colaboración para las personas y órganos consultantes.

5. La solicitud de consulta presentada por el Lic. Melvin Rojas Ugalde no debe ser evacuada en vista de que no llena los requisitos subjetivos y objetivos de admisibilidad.

Recomendaciones:

1. Se recomienda al Consejo Directivo aprobar lo indicado en el presente informe, a efecto de que se pueda facilitar el trámite de resolución de consultas que se presentan ante la Escuela Judicial.

2. Rechazar la solicitud de consulta planteada por el Lic. Melvin Rojas Ugalde al no llenar los requisitos de admisibilidad establecidos por el Consejo Directivo de la Escuela Judicial. "

SE ACUERDA: aprobar el informe anterior así como acoger los lineamientos generales planteados y las políticas de admisibilidad en relación con futuras consultas. Comuníquese al Lic. Melvin Rojas Ugalde.

* * *

Directrices de la Dirección Nacional de Notariado

DIRECTRICES DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE NOTARIADO
2001

DIRECTRIZ Nº 2001-001

DIRECCIÓN NACIONAL DE NOTARIADO,
a las diez horas del treinta de enero de dos mil uno.

Reglamento de Fiscalización Notarial a lo Interno y Externo de la Dirección Nacional de Notariado

RESULTANDO:

1. Que la Dirección Nacional de Notariado tiene como finalidad la vigilancia y control de toda la actividad notarial en el territorio nacional.
2. Que el Código Notarial reservó en esta Dirección la potestad reglamentaria en aspectos propios de la función notarial, y el artículo 24, incisos d) y m), de ese cuerpo legal, le atribuye competencia para emitir lineamientos de acatamiento obligatorio, para que los notarios presten sus servicios a los usuarios en forma eficiente y segura, por cuyo cumplimiento deberán velar las oficinas públicas encargadas de recibir y tramitar los documentos notariales y resolver las gestiones o cuestiones planteadas respecto de la actividad notarial.
3. Que la fiscalización notarial constituye uno de los bastiones que soportan al régimen jurídico notarial, y debe llevarse a cabo dentro de un marco definido de regulaciones específicas, y;

CONSIDERANDO:

I.- El control y vigilancia que de la actividad notarial desempeña la Dirección Nacional de Notariado a nivel nacional, es la función esencial que la determina como un órgano de naturaleza eminentemente administrativa. Como es sabido, la actuación notarial puede ser protocolar o extraprotocolar, según se encuentre comprometido el uso del tomo de protocolo o no, pudiendo existir una sucesión simultánea de unos y otros. Sobre el particular, esta Dirección ha indicado:

"La autorización asentada en el protocolo con efectos registrales, es la actuación notarial por excelencia, toda vez que la misma no se agota en su autorización, sino que también, el alcance de la función del notario contempla los aspectos registrales que se deriven de la voluntad de las partes, y por ende, elementos propios del control y vigilancia por parte de la Dirección Nacional de Notariado. La materialización de la función notarial desde ese efecto, viene a representar el culmen del ejercicio de la función notarial, que en el caso de la cartulación con fines registrales, junto con el otorgamiento, la autorización e inscripción, componen el ciclo cartular que por medio de un acto reflejo, (devenido en razón de que comparten su naturaleza y origen en la fe pública), identifica y determina la realización plena de la fiscalización para lo cual fue creada la Dirección Nacional de Notariado, cuyos bastiones en materia de control, lo representan los lineamientos de acatamiento obligatorio para el notario, y la determinación de los mecanismos de seguridad que deben contener los documentos notariales." Resolución 2000-00945, de las diez horas del cinco de julio de dos mil.

II.- En el ejercicio del notariado, la competencia del profesional debidamente habilitado solo encuentra limitación en los alcances que le establezcan la Constitución, la ley y las directrices o lineamientos que emanen de la Dirección Nacional de Notariado, sujetándose a las formas que allí se le señalen. Este amplísimo campo de acción y ejercicio de una función pública, requiere también de un control estatal adecuado, eficaz y congruente con la importancia de la función. Este

control y vigilancia forma parte de la finalidad de la Dirección Nacional de Notariado (artículo 22 del Código Notarial), y se realiza a través de la fiscalización, efectuada a lo interno de la Dirección –por medio de los documentos notariales que se reciben para tramitación y expedientes de asuntos propios de su competencia– o a lo externo, por medio de visitas, inspecciones y demás diligencias que se ocupen de supervisar y comprobar la observancia de las regulaciones referidas al desempeño de actuaciones notariales. La ejecución de esta labor externa requiere de funcionarios de la Dirección, con conocimientos, aptitudes y capacidades que le permitan asumir el papel de Fiscal Notarial, con el fin específico de constatar el fiel cumplimiento de las condiciones, requisitos y deberes que el Notario Público debe observar en el ejercicio de la función notarial, a nivel de actuaciones protocolares, extraprotocolares, en la tramitación de la competencia en actividad judicial no contenciosa, así como la observancia de las directrices que tengan que ver con el servicio público que ellos prestan; con competencia para actuar en todo el territorio nacional y formular la denuncia respectiva en caso de verificar incumplimiento. El empleo de esta nomenclatura de Fiscal Notarial, en los funcionarios encargados de llevar a cabo la fiscalización, está relacionado a lo interno de este despacho, sin perjuicio de las normas vigentes en clasificación de puestos que al efecto mantiene el Poder Judicial.

III.- Nuestro Estado de Derecho exige la fiscalización que viene comentada, sobre todo tomando en cuenta que se dirige a un funcionario público, depositario de un poder capaz de imprimir certeza jurídica a sus manifestaciones (fe pública); pero, asimismo, correlativamente motiva que el ejercicio de este poder de fiscalización se lleve a cabo con cumplimiento de las normas del debido proceso, a fin de tutelar los derechos inherentes a este y no producir efectos adversos o negativos en la administración de justicia disciplinaria.

POR TANTO:

Se emite el presente:

REGLAMENTO DE FISCALIZACIÓN NOTARIAL A LO INTERNO Y EXTERNO DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE NOTARIADO

Artículo 1.- Definiciones: Para los efectos del presente reglamento y su aplicación, se establecen las siguientes definiciones:

Dirección Nacional de Notariado: Dependencia del Poder Judicial, cuya función es organizar, fiscalizar y controlar, todo lo relativo al ejercicio de la función notarial costarricense, dentro y fuera del territorio nacional. En adelante denominada también "La Dirección".

Fiscales naturales notariales: Lo constituyen todas aquellas oficinas que reciben y tramitan documentos notariales, las cuales deben rechazar los que no se ajusten a la normativa pertinente y formular la denuncia respectiva a la instancia disciplinaria competente.

Fiscal notarial: Funcionario de la Dirección Nacional de Notariado; profesional en derecho, abogado activo y notario inscrito en el Registro Nacional de Notarios, previamente capacitado y autorizado por la Dirección, que reunirá el perfil definido por esta y ejercerá su cargo de conformidad con lo establecido en la resolución número 2000-00945, de las diez horas del cinco de julio de dos mil –la cual fue puesta en conocimiento del Presidente de la Corte y el Consejo Superior– y, las que se le encomienden ya sea por vía de ley, reglamento, directriz u otras fuentes escritas y no escritas del ordenamiento jurídico.

Fiscalización de la Actividad Notarial: La Fiscalización de la Actividad Notarial es el conjunto de acciones ordinarias y extraordinarias que la Dirección Nacional de Notariado dirige a la vigilancia y control de la actividad notarial en todas sus dimensiones; con el fin de constatar el apego de los notarios a la normativa que regula la materia notarial y registral y detectar las infracciones que estos cometan contra esas disposiciones, en cuyo caso, se procederá a formular la denuncia respectiva ante las instancias competentes, según lo determine la ley. Las labores de control y vigilancia serán ejecutadas por la Dirección Nacional de Notariado a través de sus funcionarios y los fiscales notariales que esta designará para tal efecto.

Fiscalización interna: Es la que lleva a cabo la Dirección Nacional de Notariado, con vista en los documentos notariales que le son presentados para su

tramitación, apertura de tomos de protocolo, administración del Fondo de Garantía de los Notarios Públicos, tramitación de expedientes propios del ejercicio de sus competencias, denuncias formuladas por fiscales naturales notariales y cualquier otra que surja del ejercicio normal de sus atribuciones.

Fiscalización externa: La lleva a cabo la Dirección Nacional de Notariado, a través de los fiscales notariales, visitando las notarías, oficinas públicas y cualquier otro lugar que así lo requiera y en donde esté involucrada la actividad notarial.

Notaría: Es el lugar reportado por el notario a la Dirección como oficina abierta al público, y que consta en el Registro Nacional de Notarios. Debe reunir las condiciones materiales esenciales que la época determine para un despliegue adecuado de la actividad notarial, admitir el libre ingreso de los usuarios y estar debidamente identificada. Por tratarse de un requisito para ser notario y ejercer como tal, constituye un nexo indisoluble y personal con el notario.

Notario activo o habilitado: Profesional en derecho, especialista en Derecho Notarial y Registral, debidamente habilitado en el Registro Nacional de Notarios para el desempeño de funciones notariales, con las salvedades contenidas en el transitorio VII del Código Notarial.

Notario consular: Funcionario a quien se han asignado funciones consulares y que ejerce el notariado por ministerio de ley, en una circunscripción territorial determinada por su cargo consular y debidamente habilitado por la Dirección Nacional de Notariado.

Oficina pública: Toda aquella oficina perteneciente al Gobierno Central, descentralizado, instituciones autónomas, empresas públicas estructuradas bajo modelos organizacionales del Derecho Privado, y cualquier otra que pueda considerarse estatal, según los términos de los artículos 9, 169, 170, 188 y 189 de la Constitución Política y 1 de la Ley General de la Administración Pública.

Artículo 2.- Sujetos de fiscalización: Todos los notarios habilitados en el Registro Nacional de Notarios; así como los que figuren en el apéndice de notarios consulares.

Artículo 3.- Objetivos de la fiscalización: La vigilancia y control pretendidas con la fiscalización de la actividad notarial tienen como objetivos:

a) Verificar que los notarios se encuentren autorizados por la Dirección, para el ejercicio de la función notarial.
b) Comprobar que los notarios cumplan con las condiciones, deberes y requisitos que para el ejercicio de la función notarial, exigen el Código Notarial, las directrices emitidas por la Dirección Nacional de Notariado y demás normas que rigen la materia.
c) Revisar los tomos de protocolo, documentos extraprotocolares y otros conexos a la actividad notarial, a fin de constatar en los mismos el cumplimiento que en materia de forma y validez, disponen el Código Notarial, las directrices emitidas por la Dirección Nacional de Notariado, y demás normas relacionadas con toda la actividad notarial.
d) Constatar que la función notarial en su competencia judicial no contenciosa se lleve a cabo según lo establecido por el Código Notarial y las directrices emitidas por la Dirección Nacional de Notariado, así como por cualquier otra norma que rija la materia.
e) Inspeccionar que el servicio brindado por los notarios sea satisfactorio y de calidad.
f) Verificar el correcto uso de los mecanismos de seguridad.
g) Elevar la calidad de los profesionales notariales.
h) Tutelar la función notarial.

Artículo 4.- Rango de acción de la fiscalización: La Dirección y los fiscales notariales que esta designe, para llevar a cabo sus fines de vigilancia y control de la actividad notarial, serán competentes para efectuar fiscalizaciones en todo el territorio nacional y en el extranjero, cuando las circunstancias así lo exijan. Para tal efecto, podrán acudir, a los lugares indicados por los notarios como sus notarías, a las oficinas públicas; o a cualquier otro lugar de que se tenga noticia de alguna eventual irregularidad que afecte la función notarial.

Artículo 5.- Sujetos que desempeñan la fiscalización: La fiscalización es efectuada –como función propia– por la Dirección y sus fiscales, y de manera impropia por los fiscales naturales notariales.

La Dirección, para llevar a cabo sus fines de control y vigilancia de la actividad notarial, podrá nombrar fiscales notariales con competencia en todo el territorio nacional y el extranjero, o definida por áreas, según resulte más conveniente.

Artículo 6.- Fiscalización a lo interno de la Dirección Nacional de Notariado: La Dirección, en el ejercicio propio de sus atribuciones y competencias,

recibe y tramita documentos notariales, así como expedientes de distinto orden. En este proceso, es posible detectar incongruencias, omisiones o faltas cometidas por el notario, respecto de las regulaciones y deberes a cumplir en el desempeño de actuaciones notariales. Cuando el funcionario encargado de la tramitación del documento, solicitud, tomo de protocolo o expediente de que se trate, encontrare algún posible hecho capaz de generar una denuncia a otras instancias o poner en marcha un proceso disciplinario en esta sede, trasladará el asunto a conocimiento de la señora Directora Nacional de Notariado, quien en definitiva, resolverá lo que corresponda. Es entendido que si –en atención al principio de legalidad– la irregularidad encontrada impidiere la finalización del trámite o gestión pretendida por el notario o usuario, la Dirección lo comunicará así al interesado, pudiendo dejar constancia de este hecho en el documento de que se trate. A fin de tomar las acciones que se estimen pertinentes, la Dirección podrá conservar copia certificada del mismo; y si en derecho resultare procedente, dejar el original como prueba de la denuncia o proceso disciplinario que se instaurare.

Artículo 7.- Áreas de acción de la fiscalización de la actividad notarial por parte de los fiscales notariales: Las áreas de acción de la fiscalización comprenden:

a) Ubicación de la notaría en el lugar reportado al Registro Nacional de Notarios, y que esta se encuentre abierta, cuando mínimo durante "horas de oficina".
b) Existencia del sello blanco, y conformidad con los requerimientos exigidos por la Dirección.
c) Comprobación de documentos notariales que contengan todos los mecanismos de seguridad, a saber: sello blanco, el papel de seguridad notarial con su respectivo código de barras, boletas de seguridad para inscripción en el Registro Nacional, firma del notario, los demás que determinen la ley y las directrices de la Dirección; así como cualquier otro que los medios informáticos llegaren a permitir.
d) Correcto uso y custodia del tomo de su protocolo. Observancia de los procedimientos establecidos para la consignación de notas. Escrituras autorizadas debidamente firmadas. Coincidencia de estas con los índices.
e) Existencia correcta y actualizada del archivo de copia de las escrituras y archivo de referencia, coincidentes con lo consignado en la respectiva matriz.
f) Tramitación y finalización correcta de los expedientes en uso de la competencia en actividad judicial no contenciosa. Envío oportuno del mismo al Archivo Judicial.
g) Cumplimiento de los lineamientos, directrices y exigencias de la Dirección o cualquier otra autoridad competente para emitirlos.
h) Uso y custodia de los elementos personalísimos del notario, tales como el sello blanco, papel de seguridad notarial, y boletas de seguridad para inscripción en el Registro Nacional.
i) Ejercicio excepcional del conotariado, reporte del mismo en los índices.
j) Estar al día en el pago del fondo de garantía de los notarios públicos.
k) Conservación del tomo de protocolo concluido, por más tiempo del permitido o mantenerlo en su poder indebidamente, para lo cual podrá recogerlo y remitirlo al Archivo Notarial.
l) Inicio oportuno de las diligencias de reposición de protocolo.
m) Inspección de expedientes o documentación variada en oficinas públicas, a fin de localizar actuaciones notariales presentadas en las mismas, y comprobar que estas las realizó el notario con arreglo a derecho.
n) Inspección de expedientes tramitados por notarios en ejercicio de la actividad judicial no contenciosa, que se encuentren en custodia del Archivo Judicial del Poder Judicial.
o) Inspección del tipo de retribución económica por sus servicios, de manera que, con excepción de los cónsules y notarios del Estado, el único aplicado sea el régimen de honorarios y nunca la contratación bajo retribución fija, y de cualquier otra circunstancia o aspecto de importancia para la actividad notarial, que hagan presumir la existencia de alguna irregularidad en materia de cobro de honorarios.
p) Otras que se definan conforme a la ley o pronunciamientos emitidos por la Dirección.

Artículo 8.- Inicio de la fiscalización: Las fiscalizaciones pueden iniciarse por los siguientes motivos:

a) Comprobación de hechos derivados de procesos tramitados en la Dirección, que merezcan una mayor investigación por parte de los fiscales notariales.
b) Por asientos registrales del Registro Nacional de Notarios, en la labor ordinaria de fiscalización de la Dirección.

c) Derivado de aquellos casos en que la Dirección es parte, tal como juicios disciplinarios tramitados en sede jurisdiccional notarial.
d) Como medio de recolección de pruebas para procesos administrativos o judiciales.
e) A solicitud de autoridades judiciales o administrativas, o sujetos de Derecho Privado.
f) De oficio, cuando la Dirección tenga conocimiento de algún asunto que requiera investigación.
g) Aleatoriamente por decisión de la Dirección, como parte de su constante vigilancia y control de la actividad notarial, en las notarías señaladas por los notarios en el Registro Nacional de Notarios, o en cualquier otro lugar en el cual se tuviere noticia de un hecho que pudiera estar afectando el buen ejercicio de la función notarial protocolar y extraprotocolar.

Artículo 9.- Resolución de autorización y aviso de las fiscalizaciones: Las fiscalizaciones deberán contar con una resolución que las autorice, emitida previamente por la Dirección, la cual indicará la zona geográfica en que se encuentren las notarías a ser fiscalizadas, de acuerdo con la elección previa por parte de la Dirección, sin perjuicio de que se extienda a otras, atendiendo a motivos de conveniencia y oportunidad sobrevenidos durante el curso de la diligencia, y valorados por el fiscal notarial. Podrá inspeccionarse a un notario específicamente o a un grupo de ellos sin necesidad de que estos se encuentren en una única zona geográfica objeto de fiscalización, siempre y cuando medie alguna de las circunstancias enunciadas en el artículo 8 de este Reglamento; en cuyo caso, el fiscal contará con un reporte actualizado del Registro Nacional de Notarios, en el cual se consigne la dirección y demás información relacionada con la notaría de cada uno de ellos. Siempre que se practique un procedimiento de elección previa y aleatoria, se levantará un acta en la cual se dejará constancia del mismo, con indicación del método empleado y el orden en que fueron seleccionados los notarios.

Todos los días y horas son hábiles para las labores de fiscalización; no obstante y siempre que sea posible, la resolución de autorización también deberá contener la fecha exacta y horas probables dentro de las cuales esta se efectuará. Cuando se requiera llevar a cabo una fiscalización de forma inmediata, en horas no hábiles, esta se denominará extraordinaria, y estará dispensada de la publicación de aviso. En los demás casos, la fiscalización será ordinaria y la resolución que la ordena será publicada por una única vez en el Boletín Judicial, para hacer del conocimiento de los notarios públicos el inicio de esta diligencia, como mínimo con un lapso de cinco días hábiles de anticipación. También estarán dispensadas de la publicación aquellas diligencias cuya publicidad o conocimiento previo, eventualmente pueda entorpecer los fines de la fiscalización.

Artículo 10.- Procedimiento general de fiscalización: Cuando exista alguno de los motivos enunciados por el artículo 8 de este Reglamento, la Dirección Nacional de Notariado emitirá la resolución correspondiente de autorización y aviso de la fiscalización y ordenará a sus fiscales dirigirse a las notarías o lugares indicados en dicha resolución para efectuar la respectiva fiscalización. En todo caso, y si las circunstancias lo exigen –siempre a criterio valorativo del fiscal– este podrá trasladarse a otros sitios no detallados en la resolución, a fin de desarrollar y concluir satisfactoriamente la diligencia.

Las fiscalizaciones serán efectuadas siempre por el fiscal notarial, quien podrá acudir acompañado por uno o más de los otros funcionarios de la Dirección Nacional de Notariado en condición de testigos. Todos deberán portar sus respectivas identificaciones confeccionadas por el Poder Judicial, o bien por la Dirección Nacional de Notariado, en las cuales constará su cargo.

Los notarios deberán permitir a los fiscales notariales y sus acompañantes el acceso a sus notarías y a los documentos que estos les soliciten.

En las diligencias de fiscalización e inspección, los fiscales notariales utilizarán un formulario elaborado previamente por la Dirección, que contendrá los aspectos generales por evaluar o verificar en cada inspección particular y tendrá valor de acta; sin perjuicio de que el fiscal amplíe la información con uso de folios adicionales.

Las irregularidades encontradas en los documentos se harán constar en el acta y de no proceder la recolección del original, se obtendrán copias fotostáticas de dichos documentos, a efecto de iniciar los procedimientos sancionatorios correspondientes en contra del notario, sea en sede administrativa o jurisdiccional.

Artículo 11.- Aspectos generales a evaluar o verificar, contenidos en el formulario general de fiscalización de los notarios públicos:

a) Oficina abierta al público, concordando la ubicación de la misma con la señalada por el notario en el Registro Nacional de Notarios.
b) Tenencia en la notaría del papel notarial de seguridad, custodia y uso correcto del mismo.
c) Existencia del sello blanco, con los requisitos exigidos por la Dirección. Lugar seguro en que se conserva.
d) Verificación de que la notaría cuenta con boletas de seguridad para inscripciones en el Registro Nacional, formularios del Registro Civil y cualquier otro medio material necesario para el ejercicio de la función notarial según las directrices emitidas por la Dirección; custodia y uso correcto de unas y otros.
e) Exhibición del tomo de protocolo en curso, salvo que este se encuentre a la orden de autoridades judiciales o se haya entregado al Archivo Notarial, en cuyo caso se verificará haber efectuado el trámite oportuno para su debido depósito.
f) Conservación en buenas condiciones del tomo de su protocolo en curso.
g) Escrituras autorizadas con todas las firmas (partes, peritos, testigos y notario).
h) Verificación de notas correctamente asentadas en el protocolo y con la debida firma de las partes en caso de requerirlas, de conformidad con lo dispuesto por el Código Notarial y las directrices de la Dirección Nacional de Notariado en materia de notas al pie o al margen en las escrituras.
i) Archivo completo y al día de las copias de todos los índices notariales. Elaboración correcta de los mismos.
j) Tenencia y elaboración correcta del archivo de referencias, de conformidad con lo dispuesto por el Código Notarial y las directrices de la Dirección.
k) Archivo actualizado de copias de las escrituras, según lo dispuesto por el Código Notarial y las directrices de la Dirección.
l) Existencia de recibos oficiales (facturas autorizadas por el Ministerio de Hacienda o timbradas), para entregar a los usuarios las respectivas facturas o recibos.
m) Verificación de la existencia y funcionamiento de los números de teléfono y facsímil (si contare con el mismo), señalados por el notario ante el Registro Nacional de Notarios.

En todo tipo de fiscalización, sea en oficinas de los notarios públicos o en oficinas públicas, los fiscales notariales constatarán que los notarios no se encuentren contratados bajo retribución fija, o están exonerando injustificadamente el pago de sus honorarios, con las excepciones que indica el Código Notarial, arancel respectivo y las desarrolladas en las directrices emitidas por la Dirección Nacional de Notariado.

Artículo 12.- Aspectos específicos no contenidos en el formulario general de fiscalización: La Dirección establecerá en la resolución de autorización y aviso de fiscalización, la autorización al fiscal para que evalúe otros aspectos no contenidos en el formulario general. El fiscal notarial hará constar en un acta el resultado de la investigación de esos aspectos específicos no previstos en el formulario general de evaluación, señalando los aspectos donde se haya detectado alguna irregularidad.

Artículo 13.- Conclusión de la fiscalización en las notarías: Al concluir la diligencia de fiscalización, el fiscal notarial dará lectura al acta, consignará la hora y fecha de finalización de la misma y procederá a la firma de los documentos, primero lo hará el notario, luego el o los testigos –si los hubiere– y por último el fiscal notarial; cualquier situación que se presente en el desarrollo de esta etapa deberá consignarse en ese formulario. Copias certificadas de este formulario y demás documentos que lo acompañen, podrán ser ofrecidos como prueba documental en los procesos incoados contra los notarios, en sede administrativa o judicial.

Artículo 14.- Informe de las fiscalizaciones a la Dirección Nacional de Notariado: Una vez concluidas las fiscalizaciones, el fiscal notarial entregará el formulario en el cual consta la inspección de la notaría y demás lugares visitados, así como cualquier otro documento utilizado en la fiscalización u obtenido en esta, al Archivo de la Dirección Nacional de Notariado, para su custodia en el expediente respectivo, previa anotación en el Registro Nacional de Notarios. De estimar que existe una o más faltas u omisiones que merezcan sanción, el fiscal procederá conforme se establece en los artículos 18 y 19 de este Reglamento.

Artículo 15.- Faltas u omisiones subsanables: Las faltas u omisiones subsanables que no merezcan –en un principio– la iniciación de un procedimiento

disciplinario, o formulación de denuncia, podrán señalarse mediante dos procedimientos:

1- Por vía de recomendación:

En este caso, si en apego a los lineamientos de la Dirección, la subsanación de la falta tiene como finalidad incrementar la agilidad de la notaría o la eficacia y seguridad en la prestación del servicio, el fiscal notarial formulará recomendación escrita, comprensiva de las acciones a tomar con ese fin, la cual entregará junto con el acta de inspección. El cumplimiento de estas recomendaciones será comprobado en la próxima fiscalización ordinaria que se efectúe en la notaría.

2- Por vía de prevención:

Se presentará cuando se detecten faltas u omisiones que de conformidad con la Dirección, ameriten el otorgamiento de un plazo perentorio para cumplirlas. La prevención la efectuará por escrito el fiscal notarial en el acto, y la entregará al notario. En la misma deberá establecerse el plazo concedido para su fiel cumplimiento, según lo dispone el artículo 17 de este reglamento. De la subsanación se hará comprobación en cualquier momento, una vez finalizado el plazo concedido; lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 139 del Código Notarial.

Artículo 16.- Efectos del cumplimiento de la prevención: El cumplimiento de la prevención dentro del plazo conferido evitará la formulación de la denuncia tendente a la apertura del proceso disciplinario y permitirá que se deje constancia de dicho cumplimiento en el informe y el expediente del notario fiscalizado; caso contrario, se procederá a plantear la correspondiente denuncia.

Artículo 17.- Plazos perentorios para cumplimiento de las prevenciones: Los plazos para el cumplimiento de las prevenciones serán variables según la dificultad de las mismas y los determinará la Dirección, según las particularidades, especificidades y dificultad del caso concreto, atendiendo a criterios de proporcionalidad y razonabilidad.

Artículo 18.- Apertura de procedimiento disciplinario ante la Dirección Nacional de Notariado: Cuando se encuentre alguna irregularidad o violación cuya investigación competa a la Dirección Nacional de Notariado, el fiscal notarial entregará a este despacho copia del informe referido en el artículo anterior y demás documentos pertinentes, a efecto de que se inicie el procedimiento correspondiente, según las regulaciones internas establecidas por la Dirección.

Artículo 19.- Apertura en otras instancias de procesos sancionatorios contra los notarios por efecto de las fiscalizaciones notariales: Cuando el informe indicado en el artículo 14 refiera la existencia de una o más irregularidades que merezcan sanción, cuya competencia no corresponda a la Dirección Nacional de Notariado, de conformidad con las normas para la determinación de la competencia enunciadas por el Código Notarial, el fiscal formulará la denuncia ante la instancia correspondiente, adjuntando copia certificada del informe y demás documentación pertinente a la denuncia, pudiendo remitirse además la prueba que hubiere sido recolectada en la diligencia. Para la manipulación de elementos probatorios, se estará a las reglas propias de la cadena de custodia.

Cuando unas faltas sean de competencia administrativa y otras de competencia jurisdiccional, se formularán las denuncias en forma independiente, de acuerdo con la sede.

Artículo 20.- Testimonio de piezas y auxilio del Ministerio Público: Cuando del resultado de las fiscalizaciones se obtengan indicios que hagan presumir la comisión de un delito, y no mediare la participación del Ministerio Público, el fiscal ordenará testimonio de piezas para ante las autoridades administrativas y judiciales competentes. En estos casos el inicio de la investigación por parte del Ministerio Público o la apertura de un proceso penal no suspende el proceso de conocimiento de la Dirección Nacional de Notariado o del Juzgado Notarial, excepto cuando de los resultados probatorios o de la conclusión del proceso penal dependa la sanción o la investigación en esas instancias.

Artículo 21.- No localización de la notaría o ausencia del notario: Cuando no sea posible ubicar la notaría en la dirección reportada en el Registro Nacional de Notarios, el fiscal notarial levantará acta dejando constancia de este hecho y procurará la localización del profesional a fin de determinar la nueva ubicación de su oficina abierta al público, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 143 del Código Notarial.

Cuando la ubicación de la notaría sí corresponda con la reportada al Registro Nacional de Notarios,

pero el profesional no fuere localizable allí en ese momento, el fiscal levantará un acta dejando constancia de este hecho, y dejará en la oficina del notario ausente una prevención en la cual le señalará hora y fecha en que se llevará a cabo una segunda visita, para verificar la diligencia.

En todo caso, los notarios no podrán excusarse de recibir al fiscal notarial en sus visitas de fiscalizaciones excepto por algún motivo comprobado de fuerza mayor, en cuyo caso deberán comunicarlo por escrito a la Dirección Nacional de Notariado al menos tres días antes de la diligencia, a efecto de practicar un nuevo señalamiento.

Artículo 22.- Fiscalización del notariado consular: En lo que resulte aplicable, las presentes disposiciones se utilizarán en las fiscalizaciones efectuadas a los notarios consulares, sin perjuicio de la coordinación que se ejecute con el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, y otras regulaciones aplicables.

Artículo 23.- Fiscalización de la actividad notarial en oficinas públicas: Sin detrimento de las funciones que como fiscales naturales notariales desempeñen las oficinas públicas encargadas de recibir y tramitar los documentos notariales, la Dirección podrá establecer convenios de cooperación y coordinación para el control adecuado de la actividad notarial, y realizar visitas a las oficinas públicas, con la finalidad de inspeccionar documentos notariales allí presentados.

Artículo 24.- Ausencia de irregularidades o faltas: Cuando finalizada la inspección, los documentos examinados, el notario, la notaría y cualquier otro lugar inspeccionado o visitado, no sugieran la existencia de ningún tipo de irregularidad, falta o incumplimiento por parte del notario, se procederá a archivar el formulario y documentos en los archivos respectivos. Del resultado satisfactorio de la diligencia, tomará nota el Registro Nacional de Notarios, en el asiento del respectivo profesional.

Artículo 25.- Vigencia: El presente Reglamento rige a partir de treinta días naturales después de su publicación en el Boletín Judicial.

Licda. Alicia Bogarín Parra
Directora Nacional de Notariado

* * *

DIRECTRIZ N° 2001-02

DIRECCIÓN NACIONAL DE NOTARIADO,
a las trece horas treinta y tres minutos del dos de mayo de dos mil uno.

Reglamento del Fondo de Garantía de los Notarios Públicos

RESULTANDO:

1. Que la Dirección Nacional de Notariado tiene como finalidad la vigilancia y control de toda la actividad notarial en el territorio nacional.
2. Que el Código Notarial reservó en esta Dirección la potestad reglamentaria en aspectos propios de la función notarial, y el artículo 24, inciso d) y m), de ese cuerpo legal, le atribuye competencia para emitir lineamientos de acatamiento obligatorio, para que los notarios presten sus servicios a los usuarios en forma eficiente y segura, por cuyo cumplimiento deberán velar las oficinas públicas encargadas de recibir y tramitar los documentos notariales y resolver las gestiones o cuestiones planteadas respecto de la actividad notarial.
3. Que el artículo 9 del Código Notarial, creó el Fondo de Garantía de los Notarios Públicos, administrado por esta Dirección y;

CONSIDERANDO:

I. La finalidad del Fondo de Garantía de los Notarios Públicos, es la cobertura de daños y perjuicios declarados por sentencia judicial firme, generados con ocasión de malas praxis notariales. Es administrado por la Dirección Nacional de Notariado, contando para ello, con la gestión de una de las operadoras de planes de pensiones complementarios, establecida legalmente en el país.
II. Dicha gestión, debe realizarse procurando la mayor productividad de los recursos captados y un trato igualitario a todos los afiliados.
III. Para una sana administración del Fondo, se estimó necesaria su separación en tres distintos componentes, a saber: a) Fondo de Garantía Obligatorio, b) Fondo de Reserva; y c) Fondo Voluntario de Pensiones Complementarias.
IV. Tomando en cuenta que el Código Notarial dentro de todo su articulado, contiene únicamente una norma (el numeral 9), referida al Fondo de Garantía de los Notarios Públicos, se estima necesaria la emisión de regulaciones que establezcan con precisión los procedimientos a seguir, respecto de las distintas opciones posibles en sus tres componentes, para que sean acatadas por las personas físicas o jurídicas comprendidas en la operación del Fondo.

POR TANTO:

Se emite la presente directriz, denominada:

REGLAMENTO DE ADMINISTRACIÓN DEL FONDO DE GARANTÍA DE LOS NOTARIOS PÚBLICOS.

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES:

ARTÍCULO 1

DEFINICIONES:

A los efectos de la presente resolución y sus aplicaciones consiguientes, se utilizarán las siguientes definiciones:

APERSONADO:

Es todo aquel que, durante el plazo concedido al efecto, se considere legitimado al procedimiento de devolución de cuotas, para formular reclamos u oposiciones contra el mismo.

CESE VOLUNTARIO DE FUNCIONES NOTARIALES:

Es el estado del notario público que la Dirección declara a requerimiento del mismo fedatario y que suspende la vigencia de la función notarial.

CONVERSIÓN DE LOS APORTES:

Procedimiento por el cual los aportes destinados al fondo de garantía obligatorio, pueden ser objeto de traslado a la cuenta individual voluntaria del notario, o viceversa, según lo solicite el mismo, y proceda conforme a las regulaciones vigentes en materia de indemnización, cobertura por deudas pendientes y cualquier otro elemento a considerar, según lo establezcan las normativas, directrices y demás pronunciamientos emitidos por las autoridades competentes.

LA CORTE:

Referida al Poder Judicial, representado por su máximo jerarca, la Corte Suprema de Justicia.

CUENTA PERSONAL:

Es la cuenta donde la operadora registra el ingreso e intereses de las cuotas que el notario público deposita al Fondo de Garantía, en forma individualizada, a fin de asegurar la devolución de los aportes de cada notario, una vez que se cumplan los requisitos establecidos.

CUOTA OBLIGATORIA:

Es la suma mensual forzosa que cancela todo notario público activo, consular y del Estado, cuyo pago constituye requisito esencial para ser notario y ejercer como tal; establecida por la Dirección de conformidad con las normas vigentes.

CUOTA VOLUNTARIA:

Es la cuota pagada en forma voluntaria, tanto por el notario activo como el notario inactivo, al plan de pensiones complementario notarial. Esta cuota será –como mínimo– de igual cuantía que la fijada para el Fondo de Garantía Obligatorio, para el período respectivo y como máxima, la que voluntariamente defina el cotizante o afiliado.

DIRECCIÓN:

Es la Dirección Nacional de Notariado, creada en la Ley 7764. Se le denominará indistintamente "Dirección" o "La Administradora".

FONDO DE GARANTÍA:

Creado por el Código Notarial, Ley 7764 del diecisiete de abril de mil novecientos noventa y ocho; administrado por la Dirección Nacional de Notariado, a través de una de las operadoras de planes de pensiones complementarios, que operen legalmente en el país. Con la finalidad de que cada notario activo cotice para este y vaya creándose un patrimonio independiente. Se denominará genéricamente "Fondo".

FONDO DE GARANTÍA OBLIGATORIO:

Se denomina obligatorio por cuanto es un requisito indispensable para ejercer la función notarial. Las cotizaciones que el notario efectúe a este, constituirán una garantía por los daños y perjuicios que los notarios, en el ejercicio de su función, puedan ocasionar a terceros; mismos que serán cubiertos de conformidad con lo establecido en el párrafo segundo del artículo 9 del Código Notarial y este Reglamento.

Sus ingresos los constituyen las cotizaciones forzosas –salvo la primera– de todos los notarios activos, incluidos los notarios consulares y los del Estado, que ejercen la función notarial, constituyendo el medio material por el cual se garantiza a terceros la cobertura de eventuales daños y perjuicios que ocasionen los cotizantes en el ejercicio de la función notarial.

FONDO DE RESERVA:

Es la provisión de recursos que la Dirección Nacional de Notariado utiliza para solventar el pago a partir de lo que no cubra la cuenta individual del notario, por daños y perjuicios declarados en sentencia firme de conformidad con las normas vigentes de los códigos Notarial y Procesal Civil. Se registrará en una cuenta independiente a la del Fondo de Garantía y se conformará con la primera cuota del notario ac-

tivo (incluidos los notarios consulares y los del Estado); los rendimientos que estas generen, y aquellas sumas que ingresen nuevamente a este Fondo, por recuperación de pago de daños y perjuicios, cancelados por la Dirección, según el párrafo final del artículo 9 del Código Notarial; así como cualquier otra suma determinada por la administradora de acuerdo con las posibilidades económicas del Fondo.

FONDO NOTARIAL DE PENSIONES COMPLEMENTARIAS:

Constituye un fondo con características propias, en donde para poder ingresar, se requiere ser notario, ya sea activo o inactivo, según el Registro Nacional de Notarios, que voluntariamente decida afiliarse al mismo, con el propósito, en un futuro, de contar con una pensión complementaria, beneficiándose de los réditos y garantizándole al cotizante una suma de dinero posterior a su retiro. Dicho fondo no responderá por daños y perjuicios causados en el ejercicio de la función notarial. Está conformado por: a) todas las cuentas individuales voluntarias de los notarios inactivos que voluntariamente así lo determinen y que firmen el contrato respectivo; b) los notarios activos que voluntariamente decidan cotizar al mismo independientemente del pago al Fondo de Garantía como requisito obligatorio; c) las sumas provenientes de conversión o las que se trasladen cuando el notario público cese en sus funciones, y que no desee retirar lo aportado al Fondo.

HECHO GENERADOR DE LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA:

Es la conducta dolosa, culposa u omisiva en que hubiere incurrido el notario, debidamente acreditada en el proceso respectivo, que origina los daños y perjuicios a indemnizar.

OPERADORA:

Es la operadora de planes de pensiones complementarios, establecida conforme la legislación costarricense, que resulte designada por la Dirección, para realizar la labor de gestión en la administración del Fondo.

REGISTRO NACIONAL DE NOTARIOS:

Pertenece a la Dirección Nacional de Notariado y tiene como finalidad registrar y custodiar los asientos referidos a cada notario, referente al ejercicio de la función, al régimen disciplinario y la fiscalización, entre otras. Recibirá e inscribirá la información que provenga de la operadora, según lo disponga la Dirección.

SALARIO BASE:

Es el definido según el artículo 2 de la Ley 7337, de cinco de mayo de mil novecientos noventa y tres.

SUPEN:

Superintendencia de Pensiones. Entidad estatal encargada de la fiscalización de las operadoras de pensiones complementarias.

CAPÍTULO II

DE LA ADMINISTRACIÓN DEL FONDO:

ARTÍCULO 2

ENTIDAD ADMINISTRADORA Y NORMATIVA APLICABLE:

La Dirección administrará el Fondo, según las potestades que le otorga la ley, las cláusulas pactadas en el convenio vigente que hayan suscrito "la Corte", "la Administradora" y "la Operadora"; así como por las disposiciones que emanen de "la Administradora", de la "SUPEN" y lo establecido en el presente reglamento.

CAPÍTULO III

DE LOS RECURSOS Y LAS INVERSIONES:

ARTÍCULO 3

DE LA CAPTACIÓN DE LOS RECURSOS:

Las cuotas de los Fondos de Garantía Obligatoria, de Reserva y Plan Privado de Pensiones –según corresponda– serán canceladas en unidades mensuales, de acuerdo con el monto fijado por "la Administradora" para el período respectivo, no pudiendo recibirse pagos parciales. Se admitirán como medios de pago, el dinero efectivo, cheques, cargo a tarjetas de crédito autorizadas, deducción a cuentas de ahorro, corrientes o electrónicas, planillas y cualquier otro medio que

de común acuerdo autoricen "la Administradora" y "la Operadora". Siempre que se trate de medios distintos al dinero efectivo, la bondad del pago queda sujeta a la existencia de fondos en el medio empleado, al momento de aplicar la respectiva deducción.

ARTÍCULO 4

LUGAR PARA EFECTUAR LOS PAGOS:

Los pagos podrán llevarse a cabo en las oficinas recaudadoras con que cuente "la Operadora", sin perjuicio de cualquier otro lugar que por designación de "la Administradora" o de común acuerdo entre una y otra, se habilite para la recepción de esos pagos. La Administradora no recaudará nunca sumas de dinero por este concepto.

ARTÍCULO 5

FECHA LÍMITE DE CORTE:

La operadora realizará corte de los pagos percibidos el día veinticinco de cada mes, tomando en cuenta que si este día o fracción de este, queda en un día inhábil, se trasladará al inmediato día hábil siguiente.

ARTÍCULO 6

EFECTOS DE LA MOROSIDAD:

El pago de la cuota mensual deberá realizarse anticipadamente, sin perjuicio de que voluntariamente se efectúe en forma bimensual, trimestral, etc., todo de conformidad con lo establecido en el presente Reglamento. El Fondo de Garantía no responderá por los eventuales efectos que se deriven de los actos o contratos autorizados o expedidos en el período en que un notario se encuentre en mora en sus cotizaciones para dicho Fondo. La circunstancia de que posteriormente el notario proceda a cumplir con ese requisito, no convalida la cobertura de esos eventuales efectos, ya que durante el período en que omitió su obligación de cotización sus actuaciones no se encontraban garantizadas.

ARTÍCULO 7

DE LAS INVERSIONES:

Las inversiones se realizarán ciento por ciento en la cartera del Sector Público y serán fiscalizadas por "la Administradora", la cual podrá –en cualquier tiempo y bajo su responsabilidad– ordenar a "la Operadora" la modificación de las que estime inconvenientes a los intereses del Fondo. Además, será fiscalizada por "la Superintendencia de Pensiones" y "la Auditoría de la Corte". La información sobre la composición de la cartera de inversiones deberá remitirse mensualmente a la administradora.

ARTÍCULO 8

DEL MANEJO DE LOS RECURSOS:

De conformidad con las normas que rigen la materia, los recursos se manejarán como fondos de capitalización, mediante cuentas individuales; a excepción del Fondo de Reserva.

ARTÍCULO 9

DETERMINACIÓN DE LA COTIZACIÓN MENSUAL:

De conformidad con la ley vigente, la fijación máxima de esa cotización será equivalente al salario base mensual definido en el artículo 2 de la Ley 7337, previo estudio actuarial, cuando la información financiero contable, permita la realización del mismo. En tanto no se cuente con esta, la Dirección la determinará atendiendo a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, procurando la solidez del Fondo.

ARTÍCULO 10

DETERMINACIÓN DE COBERTURA DE DAÑOS Y PERJUICIOS:

La cobertura por daños y perjuicios alcanzará hasta un máximo de doscientos salarios base, de acuerdo con el límite que la Dirección Nacional de Notariado defina y según las posibilidades económicas del Fondo, y con respecto a las sumas que haya definido el estudio actuarial.

ARTÍCULO 11

PLURALIDAD DE RESPONSABILIDADES:

Cuando la sentencia encuentre responsables del hecho generador de la obligación indemnizatoria, a dos o más notarios y no estableciere un porcentaje de responsabilidades para el pago de la indemnización,

la Dirección dividirá este a prorrata entre los notarios vinculados, aplicando posteriormente lo establecido en el artículo anterior.

ARTÍCULO 12

DETERMINACIÓN DEL SALARIO BASE A UTILIZAR PARA EL CÁLCULO DEL MÁXIMO DE INDEMNIZACIÓN:

La suma adoptada por la Dirección para el período de cotización en que se haya presentado el hecho generador, será la aplicable para el cálculo del monto máximo de indemnización.

CAPÍTULO IV

DEL PROCEDIMIENTO DE DEVOLUCIÓN DE CUOTAS:

ARTÍCULO 13

CAUSAS DE SOLICITUD:

Ante la Dirección Nacional de Notariado se podrá solicitar la devolución de cuotas, en los siguientes casos:

a) Por fallecimiento.
b) Cese voluntario de funciones notariales.

ARTÍCULO 14

PLAZO PARA LA DEVOLUCIÓN DE CUOTAS:

Atendiendo a que el Fondo de Garantía de los Notarios Públicos fue concebido como un fondo de capitalización, la finalidad para la cual fue creado y tomando en cuenta que, para regir el mismo, el espíritu del legislador, desde la promulgación del Código Notarial, fue remitir a la Ley del Régimen Privado de Pensiones Complementarias, N° 7523, del 7 de julio de 1995, estableciéndose en el artículo 24 de esa ley la posibilidad del cotizante de retirar los fondos anticipadamente, únicamente después de cumplir con el quinto año de ingreso al régimen; esta Dirección establece que la devolución de las cotizaciones al Fondo de Garantía de los Notarios Públicos, será procedente únicamente cuando hayan transcurrido cinco años desde el ingreso del notario a la fecha de la solicitud; a excepción de los notarios fallecidos y de los consulares, por las características especiales que rigen cada caso.

ARTÍCULO 15

LEGITIMACIÓN:

Estarán legitimados para solicitar la devolución de cuotas del Fondo de Garantía, el notario cotizante o sus beneficiarios, quienes solo podrán hacerlo en caso de fallecimiento del notario, en cuyo caso se estimarán legitimados quienes figuren cronológicamente como últimos beneficiarios en el convenio suscrito al efecto por el notario. En ausencia de tal designación, la solicitud deberá ordenarla el juez que conozca del respectivo proceso sucesorio, o el notario que lo esté tramitando en la actividad judicial no contenciosa. En caso de que el notario fallezca y no existan beneficiarios, ni reclamos formulados dentro de los diez años después del fallecimiento (prescripción decenal), vencido ese plazo, los aportes y sus réditos, se trasladarán al Fondo de Reserva, movimiento que quedará registrado mediante un histórico del cual tomará nota el Registro Nacional de Notarios.

ARTÍCULO 16

FORMALIDADES DE LA SOLICITUD:

El notario o beneficiarios deberán presentar la solicitud de devolución por escrito, debiendo adjuntar a la misma la siguiente documentación: a) petición de cese en sus funciones, si se encontrare activo; b) copia del comprobante de depósito definitivo del último tomo de protocolo autorizado, extendido por el Archivo Notarial; en caso de fallecimiento deberá aportarse además, certificación de defunción; c) encontrarse al día en sus obligaciones como notario, y d) señalar lugar para oír notificaciones. En aquellos casos donde se omita el señalamiento de medio o lugar para recibir notificaciones, se actuará de conformidad con lo establecido en las regulaciones vigentes en materia de notificaciones y formas de comunicación procesal.

ARTÍCULO 17

CONFORMACIÓN DEL EXPEDIENTE:

Recibida la solicitud, se confeccionará un expediente judicial, con la numeración respectiva e incluido en el libro de entradas del despacho, para lo cual se seguirán las disposiciones emanadas por la Corte, en esta materia.

ARTÍCULO 18

TRÁMITE DEL EXPEDIENTE:

Una vez comprobada, por medios documentales, la legitimidad del gestionante, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 13 y 14 del presente reglamento, la Dirección dispondrá la publicación de un edicto en el Boletín Judicial, dando cuenta de la pretensión formulada, concediendo el plazo de un mes, para que aquellos interesados en formular algún reclamo u oposición contra esta, se apersonen al expediente. Al propio tiempo, se remitirá solicitud al Juzgado Notarial y al Registro Nacional de Notarios, a fin de que certifiquen si se tiene noticia de que contra el respectivo notario existen en trámite o en ejecución, procesos con pretensiones civiles resarcitorias, con indicación de los mismos, si los hubiere.

ARTÍCULO 19

VENCIMIENTO DEL PLAZO PARA FORMULAR OPOSICIONES O RECLAMOS:

Publicado el edicto y vencido el plazo concedido en este, sin que se formularen oposiciones o reclamos, se continuará con el trámite de devolución, aquí dispuesto.

ARTÍCULO 20

INTERPOSICIÓN EN TIEMPO DE OPOSICIONES O RECLAMOS:

Al formular oposiciones o reclamos, el apersonado aportará copia certificada de la sentencia firme que declara su derecho indemnizatorio. Si dicha oposición se formulare dentro del período concedido en el edicto publicado, se suspenderá la tramitación de la solicitud de devolución de cuotas, y se abrirá un expediente de ejecución de la sentencia aportada, con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de este reglamento.

ARTÍCULO 21

TRÁMITE DE DEVOLUCIÓN:

Este trámite deberá realizarse por escrito por el notario interesado o la parte legitimada en el caso de fallecimiento, adjuntando copia del comprobante de depósito definitivo del tomo de protocolo en uso, extendido por el Archivo Notarial. El notario debe estar al día en sus obligaciones y quien gestione deberá señalar medio o lugar para oír notificaciones. Vencido el plazo a que hace referencia el artículo 18 de este reglamento, se procederá a dictar la resolución que corresponda; una vez firme, la Dirección ordenará a la Operadora que gire las sumas determinadas en sentencia.

ARTÍCULO 22

FINALIZACIÓN NORMAL DEL PROCEDIMIENTO:

Habiéndose cumplido lo dispuesto en el artículo anterior, la Dirección dará por terminadas las diligencias y ordenará el archivo del expediente.

CAPÍTULO V

DEL PROCEDIMIENTO DE DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DEL FONDO NOTARIAL DE PLAN DE PENSIONES COMPLEMENTARIO:

ARTÍCULO 23

DISPOSICIONES APLICABLES:

Para la devolución de cuotas del Fondo Notarial de Pensiones Complementario, se estará a lo dispuesto por las leyes que rijan a este tipo de fondos, siendo aplicables, en lo que no resulte contrario, las regulaciones aquí contenidas. En los casos que no hubiera beneficiarios, se trasladarán las cuotas y los rendimientos al Fondo de Reserva, de conformidad con lo estipulado en el párrafo final del artículo 14 de este reglamento.

CAPÍTULO VI

EL PROCEDIMIENTO DE CONVERSIÓN DE CUOTAS:

ARTÍCULO 24

CONVERSIÓN DE CUOTAS DEL FONDO DE GARANTÍA OBLIGATORIO, AL FONDO DE PENSIONES COMPLEMENTARIO:

Para la conversión de cuotas del Fondo de Garantía Obligatorio, al Fondo de Pensiones Comple-

mentario, el notario deberá formular expresa solicitud por escrito a la Dirección. Al efecto se abrirá un expediente cuya tramitación será –en todo cuanto resulte aplicable– similar a lo aquí dispuesto para las solicitudes de devolución de cuotas del Fondo de Garantía Obligatorio, sin perjuicio de la discrecionalidad administrativa.

ARTÍCULO 25

CONVERSIÓN DE CUOTAS DEL FONDO DE PENSIONES COMPLEMENTARIO, AL FONDO DE GARANTÍA OBLIGATORIO:

Para la conversión de cuotas del Fondo de Pensiones Complementario, al Fondo de Garantía Obligatorio, el notario deberá formular expresa solicitud por escrito a la Dirección. Al efecto se abrirá un expediente en el que se determine el número de cuotas a trasladar y –de ser procedente– se dispondrá la conversión solicitada, dando cuenta a la Operadora, para lo de su cargo. La primera cuota pasará al Fondo de Reserva.

CAPÍTULO VII

DEL PROCEDIMIENTO DE RECLAMO DE PAGO DE INDEMNIZACIÓN, POR MALA PRAXIS NOTARIAL:

ARTÍCULO 26

INTERPOSICIÓN DEL RECLAMO:

El reclamo se interpondrá mediante solicitud de parte con interés legítimo, debidamente autenticada por abogado. A esta se acompañará ejecutoria de la sentencia firme que hubiere condenado a un notario al pago de acción civil resarcitoria por conductas propias del ejercicio de su función notarial.

ARTÍCULO 27

PARTE CON INTERÉS LEGÍTIMO:

Se considerará parte con interés legítimo aquella persona física o jurídica a favor de quien la sentencia ordena el pago de la indemnización. En caso de personas físicas, podrá actuar por sí o a través de persona interpuesta, para lo cual se seguirán las reglas del mandado (sic) contenidas en el ordenamiento civil vigente; o su sucesión, si hubiere fallecido, todo lo cual deberá acreditarse por la vía documental idónea, a satisfacción de la Dirección. Si se tratare de personas jurídicas, estas deberán estar representadas por quien ostente facultades suficientes para el acto, para lo cual deberá acreditar la personería respectiva.

ARTÍCULO 28

INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO:

Una vez comprobado el interés legítimo del promovente, y –cuando proceda– las representaciones y personerías, se emitirá resolución mediante la cual se solicite al Juzgado Notarial y al Registro Nacional de Notarios, certifiquen si contra el respectivo notario existen en trámite o ejecución, otros procesos con pretensiones civiles resarcitorias.

ARTÍCULO 29

PLURALIDAD DE ACCIONES CIVILES RESARCITORIAS:

Si recibidas las certificaciones indicadas en el anterior artículo, se determinare la existencia de otros procesos contra el mismo notario, en los que se pretende el reconocimiento de acciones civiles resarcitorias, la Dirección dejará constancia de ese hecho, el cual podrá ser tomado en cuenta para la determinación del monto máximo a pagar, de conformidad con la capacidad económica del fondo. Todo lo anterior, sin perjuicio de la aplicación de las reglas de acumulación de procesos y pretensiones, contenidas en el ordenamiento procesal civil vigente.

CAPÍTULO VIII

DE LAS OBLIGACIONES DE LA ADMINISTRADORA:

ARTÍCULO 30

RESPECTO DE LOS FONDOS:

La Administradora ejercerá sus labores en estricto apego a la ley, fiscalizando la correcta inversión de los fondos captados y gestionará la práctica periódica de auditorías por parte de la Auditoría Judicial, pudiendo incluso contratar servicios externos en esta materia, si las condiciones así lo aconsejan.

ARTÍCULO 31

PARA CON LA OPERADORA:

Además de las adquiridas mediante el Convenio suscrito oportunamente, la Administradora se obliga a brindar a la Operadora toda la información que esta requiera para la localización de los notarios y colaborará –dentro del ámbito legal de sus competencias– en la gestión del Fondo. También fungirá como canalizadora de información entre los afiliados y la Operadora, en aquellos casos en que se requiera para el efecto de agilizar trámites.

ARTÍCULO 32

EN SUS LABORES DE FISCALIZACIÓN Y RECUPERACIÓN DE DINEROS:

La Administradora exigirá a los notarios activos, encontrarse al día en el pago del Fondo de Garantía, como requisito previo a la tramitación de gestiones relacionadas con el desempeño de actuaciones notariales y realizará las gestiones judiciales o extrajudiciales necesarias para lograr que los afiliados cancelen lo adeudado, en aquellos casos en que los notarios incurran en atrasos en el pago de los aportes y cuando hubiere sido pagada una indemnización a su favor.

CAPÍTULO IX

DE LAS OBLIGACIONES DE LA OPERADORA:

ARTÍCULO 33

RESPECTO DE LOS FONDOS:

La Operadora administrará los fondos con la diligencia de un buen padre de familia, a través de una eficiente inversión de los recursos, con la finalidad primordial de obtener el mejor provecho del Fondo de Garantía de los Notarios Públicos que administra la Dirección, procurando el equilibrio entre seguridad, incremento de su valor, rendimientos reales, rentabilidad y liquidez.

ARTÍCULO 34

RESPECTO DE SU GESTIÓN:

Sin perjuicio de otras que se determinen, como mínimo, la Operadora deberá llevar a cabo su gestión bajo las siguientes pautas:

a) Disponibilidad de estados financieros mensuales.
b) Invertir el ciento por ciento de los recursos del Fondo en la cartera del sector público.
c) Acatar las directrices emanadas por la Administradora y SUPEN.
d) Mantener contablemente separado al Fondo de cualesquiera otros recursos que reciba como producto de la actividad ordinaria que realiza como operadora de planes de pensiones complementarios.
e) Llevar una cuenta individual por cada notario afiliado, sea al Fondo de Garantía Obligatorio, o al Fondo Voluntario Notarial de Plan Privado de Pensiones.
f) Garantizar el acceso inmediato de la Administradora a toda la información relativa a cada una de las cuentas individuales.
g) Brindar a la Administradora un reporte mensual de los notarios que no han cubierto la cuota al Fondo de Garantía Obligatorio, dentro de los cinco días hábiles posteriores a la fecha del cierre mensual.
h) Practicar erogaciones del Fondo, únicamente a requerimiento de la Dirección.
i) Brindar un reporte mensual de las erogaciones realizadas, en las condiciones que la Dirección determine.
j) Brindar asesoría técnica para la realización de estudios actuariales.
k) Permitir la realización de auditorías en cualquier momento, por parte de la Auditoría Judicial o la que para esos fines designe externamente la Dirección.
l) Emitir estados de cuenta a los afiliados, en la forma y periodicidad que le determine la Dirección.
m) Mantener bajo absoluta confidencialidad la información relativa al manejo y situación del Fondo, salvo en aquellos casos que se encuentren

autorizados expresamente por la Dirección o la ley.

n) Girar a la mayor brevedad las sumas que le ordene pagar la Dirección, en concepto de indemnización o devolución de cuotas.
o) Informar a la Administradora los casos en que las deducciones no se apliquen por falta de dineros en la cuenta o que los fondos sean menores al monto obligatorio.
p) Brindar un informe mensual detallado de la composición de la cartera de inversiones.
q) Remitir a la Administradora los estados de cuenta mensual de cada Fondo (Reserva, Garantía y de Pensiones Complementarias).

CAPÍTULO X

DE LAS OBLIGACIONES DEL NOTARIO:

ARTÍCULO 35

EN EL EJERCICIO DE SU FUNCIÓN:

El notario está obligado a ejercer su función según ciencia y conciencia, con estricto apego a las disposiciones normativas que regulan su actuar ético y profesional, asesorando jurídica y notarialmente a las partes, de forma autónoma e independiente, y reuniendo los requisitos esenciales y materiales definidos por el ordenamiento y la Dirección Nacional de Notariado, para ser notario y ejercer como tal.

ARTÍCULO 36

EN LA SUSCRIPCIÓN DEL CONVENIO:

Todo notario activo que ingrese al Fondo de Garantía Obligatorio, debe suscribir el convenio respectivo, a fin de designar beneficiarios y poder abrir su cuenta individual.

ARTÍCULO 37

EN LA PUNTUALIDAD DE LOS PAGOS:

El notario activo efectuará el pago de su cuota obligatoria dentro de los plazos establecidos para el respectivo período. En caso de deducción automática, procurará siempre que el medio electrónico o contable designado, cuente en todo momento con suficiente contenido, de forma tal que se garantice el cubrimiento de ese cargo.

ARTÍCULO 38

EN LA COMPROBACIÓN DEL PAGO:

De cualquier forma que se realice el pago, el notario deberá comprobar, ya sea en el recibo –si lo hubiere– o estados de cuenta, que este se hizo correctamente. Para ello, revisará especialmente su nombre, número de cédula, número de cuenta a la que se efectuó el depósito o cargo y monto. En caso de detectar inconsistencias en estos u otros puntos, deberá apersonarse a la Operadora, para la corrección de estilo.

ARTÍCULO 39

NOTARIO OMISO EN EL PAGO:

Si el notario activo estuviere omiso en el pago de una o más cuotas obligatorias del Fondo, deberá abstenerse de realizar actuaciones notariales –protocolarias o extraprotocolarias– a fin de no emitir actuaciones desprovistas de garantía, que eventualmente puedan afectar a los usuarios y la fe pública notarial.

CAPÍTULO XI

ARTÍCULO 40

SEÑALAMIENTO PARA NOTIFICACIONES Y ACTOS DE COMUNICACIÓN PROCESAL:

Para el señalamiento de notificaciones y actos de comunicación procesal, se estará a las normas vigentes que regulen la materia.

ARTÍCULO 41

MEDIOS DE IMPUGNACIÓN DE LAS RESOLUCIONES:

Contra las resoluciones que se dicten en los procedimientos aquí indicados, podrá interponerse, dentro de tercero día, recurso de revocatoria debidamente fundamentado. Carecerán de ese medio de impugnación las resoluciones interlocutorias o de mero trámite.

ARTÍCULO 42

HABILITACIÓN DEL NOTARIO:

Si un notario en cese, que retiró los fondos de su cuenta individual del Fondo de Garantía Obligatorio, desea ejercer de nuevo, adjunto a la solicitud respectiva y sumado a los requisitos ordinarios establecidos, deberá incorporarse al Fondo de Garantía.

CAPÍTULO XII

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

TRANSITORIO I

La fijación de la cuota límite para indemnizar por daños y perjuicios se definirá cuando se cuente con el estudio actuarial que establezca ese monto de acuerdo con las posibilidades económicas del fondo, en tanto no exista esta fijación no se cubrirá daños y perjuicios.

TRANSITORIO II

Los daños y perjuicios que resulten del ejercicio de la función notarial antes de la entrada en vigencia del Código Notarial, serán cubiertos con la garantía vigente en ese momento.

TRANSITORIO III

Dado que actualmente existe acción de inconstitucionalidad contra los artículos 9 y 143, inciso a) del Código Notarial, número 99-5921-007-CO, este reglamento será aplicable dentro del dimensionamiento establecido por la Sala Constitucional, en la resolución de las quince horas quince minutos del veintiuno de setiembre de mil novecientos noventa y nueve, hasta tanto sea resuelta dicha acción.

Licda. Alicia Bogarín Parra
Directora Nacional de Notariado

* * *

DIRECTRIZ N° 2001-03

DIRECCIÓN NACIONAL DE NOTARIADO,
a las catorce horas treinta minutos del dos de mayo de
dos mil uno.

Reglamento del Registro Nacional de Notarios

RESULTANDO:

1. Que el Código Notarial reservó en esta Dirección la potestad reglamentaria en aspectos propios de la función notarial, y el artículo 24, inciso d) y m), de ese cuerpo legal, le atribuye competencia para emitir lineamientos de orden general y de acatamiento obligatorio, para que los notarios presten sus servicios a los usuarios en forma eficiente y segura, por cuyo cumplimiento deberán velar las oficinas públicas encargadas de recibir y tramitar los documentos notariales y resolver las gestiones o cuestiones planteadas respecto de la actividad notarial.

2. Que teniendo presente que la misión de la Dirección Nacional de Notariado es la habilitación de los notarios públicos y, la fiscalización del ejercicio de esa actividad en el ámbito nacional, mediante la organización, se emite la presente directriz, tendente a regular todo lo relacionado con la información contenida en el Registro Nacional de Notarios; denominada REGLAMENTO DEL REGISTRO NACIONAL DE NOTARIOS; y,

CONSIDERANDO:

I. La Dirección Nacional de Notariado ejerce su competencia desde los siguientes ámbitos:

Ⓕ FISCALIZADORA
Ⓐ ADMINISTRATIVA
Ⓡ REGISTRAL Y
Ⓐ ADMINISTRA RÉGIMEN DISCIPLINARIO.

De conformidad con su naturaleza, la fiscalización constituye la esencia misma para lo cual fue creado ese órgano; dependiente del Poder Judicial, desconcentrado, con competencia exclusiva en materia notarial, y con atribuciones dirigidas a los notarios públicos, usuarios en general, autoridades judiciales y administrativas. La materia registral notarial tiene como fuente primaria las resoluciones provenientes de la Dirección Nacional de Notariado, de Autoridades Judiciales y del Colegio de Abogados. Toda esa información, para los efectos de usuarios y terceros, goza de publicidad, certeza y seguridad jurídica.

II. El Registro Nacional de Notarios nació mediante la resolución número 27-99, dictada por esta Dirección a las 10:00 horas del 21 de enero de 1999, en ejecución de la ley, e incorporando de pleno derecho a los notarios inscritos y/o habilitados al amparo del anterior ordenamiento. Ese Registro está compuesto por los siguientes asientos:

A) Incorporación como abogado.
B) Asiento matriz notarial (habilitación o inscripción),
C) Asientos registrales notariales y,
D) Las anotaciones a esos asientos.

III. Históricamente, el legislador patrio ha exigido la condición previa de ser abogado activo para poder optar por la autorización para el desempeño de las funciones notariales, esto es así, por la innegable condición de asesor jurídico y moldeador de voluntades que debe reunir el notario público y siendo que el Derecho Notarial es una rama autó-

noma de la ciencia jurídica; esta ha evolucionado convirtiéndose en una especialidad, que como todas las del derecho, no puede ser alcanzada sin el previo conocimiento integral del ordenamiento jurídico, de ahí que, tomando en cuenta lo anterior, todos los notarios públicos, inscritos en el Registro Nacional de Notarios son abogados y notarios; con la salvedad de los notarios consulares, cuando no cuenten con ese grado académico, respecto de los cuales privan las normas de Derecho Internacional que les confieren esa condición. Desde esa perspectiva, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, existe un ligamen en las dos disciplinas, de manera que no se pueden desvincular entre sí, según el grado académico extendido por las universidades antes del 22 de noviembre del 2003, cuando se exija la Especialidad en Derecho Notarial y Registral. Esa simbiosis ha tenido efecto registral en el sentido de que como se dijo líneas antes, todo notario autorizado para ejercer debe ser abogado activo y notario; estableciéndose con el nuevo régimen, una diferencia en cuanto al otorgamiento del título de Licenciado en Derecho y el de Especialista en Derecho Notarial y Registral. La aplicación del Transitorio VII del Código Notarial, viene a ratificar esa situación, cuando exige que el abogado para ejercer la especialidad de notario debe demostrar dos años en el ejercicio de la profesión. La realidad jurídica que nace de esa aplicación tiene como efecto que: a) a partir del 22 de noviembre del 2003, se estaría hablando de dos profesiones distintas y; b) la estricta vinculación que se mantendrá entre ambas, ya que para poder ejercer la función notarial se requiere demostrar ser abogado activo, debidamente inscrito en el Colegio de Abogados y haber ejercido esa profesión por dos años, todo lo cual participa del proceso de habilitación e inscripción, y como tal aunque no propiamente en materia registral notarial, sí tendrá ese rango en el tanto esa información es necesaria para que nazca el asiento registral matriz notarial.

POR TANTO:

Teniendo presente que en varios artículos del Código Notarial se impone a esta Dirección el deber de contar con un Registro donde se inscriban entre otros la habilitación para el ejercicio de funciones notariales o la inscripción como notario público, las sanciones, direcciones del domicilio notarial, números telefónicos; se emite la presente directriz, denominada:

REGLAMENTO DEL REGISTRO NACIONAL DE NOTARIOS

ARTÍCULO 1

CONCEPTOS:

ASIENTO MATRIZ NOTARIAL:

Es el que respalda la inscripción de la resolución firme, dictada por la Dirección Nacional de Notariado. Consta en este la inscripción o habilitación del notario público. Es un asiento con efectos a perpetuidad, no está expuesto a caducidad y solo podrá variarse a requerimiento de una autoridad jurisdiccional. El mismo surge a solicitud del profesional interesado en ejercer o inscribirse como notario, y una vez juramentado dicho profesional, nace este asiento matriz notarial; mismo que se conformará del asiento registral informático y del asiento físico, este último se llevará en tomos de doscientos folios, identificados con número de tomo, el folio y el asiento y una vez concluido, deberá consignarse una razón final, indicando el número de folios y asientos, así como cualquier otra observación que se haya presentado en el volumen.

La resolución es plena, eficaz y tiene efectos ejecutivos, declarativos y publicitarios. Lo anterior, porque constituye un derecho extrapatrimonial que fija la condición de fedatario con ostensible carácter de generalidad –erga omnes– y permanencia. Por esa razón solo podrá rectificarse por resolución judicial.

Cada notario, tanto los habilitados con el régimen anterior como el actual, contará con ese asiento.

Considerando que los notarios consulares ejercen sus cargos por Ministerio de Ley, y siendo que, en algunos casos, quien es nombrado en ese cargo no es un profesional en Derecho, la inscripción se llevará a cabo en un apéndice del Registro Nacional de Notarios.

ASIENTO NOTARIAL REGISTRAL:

Tiene íntima relación con el asiento matriz. Constituye y tiene que ver con la variación temporal de la suspensión de la vigencia de la función notarial del notario debidamente habilitado, tanto por razones de impedimento como de aplicación de régimen disciplinario de competencia de la Dirección, tribunales

notariales, civiles y penales y, por el Colegio de Abogados.

No está expuesto a caducidad, sin embargo sí puede variar en virtud de solicitud expresa de la autoridad judicial que la ordena o bien del propio notario cuando se trate de inhabilitación por cese voluntario, a que se refiere el artículo 13 del Código Notarial.

ANOTACIÓN REGISTRAL NOTARIAL:

Es el acto administrativo registral, mediante el cual se afecta temporal o definitivamente la información contenida en el asiento notarial registral. Tanto el asiento matriz notarial como los asientos registrales pueden sufrir de anotaciones al margen, ya sea a requerimiento de las autoridades respectivas o del mismo notario.

ARCHIVO DEL REGISTRO NACIONAL DE NOTARIOS:

El archivo de la Dirección Nacional de Notariado será el encargado de clasificar, custodiar y conservar los diversos documentos que le ingresan y que son elementos probatorios de las diversas actividades notariales, además deberá dicho archivo, custodiar todos los documentos provenientes de las propias resoluciones de esta Dirección, de las autoridades judiciales, de exhortos o comunicaciones del Colegio de Abogados y las originadas por petición expresa del notario, que respalden cualquier anotación.

ACTO CERTIFICADOR NOTARIAL:

Es el que emana de la potestad certificadora que ejerce la Dirección Nacional de Notariado, en requerimiento de interesados, usuarios, terceros y autoridades judiciales para dar fe de la información contenida en el Registro Nacional de Notarios.

ARTÍCULO 2

DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL:

1. Solo podrán ser objeto de registración notarial las resoluciones emitidas por la Dirección Nacional de Notariado que se originan en:

a) el ejercicio de su competencia,
b) sentencias dictadas por los Tribunales de Justicia, civil, penal y notarial,
c) aquellas provenientes de gestiones al efecto formuladas por el notario, y
d) las sanciones impuestas por el Colegio de Abogados, respecto de la aplicación de competencia de ese Colegio.

2. El asiento matriz registral notarial podrá ser objeto de cancelación siempre y cuando medie una resolución judicial que así lo indique; sin embargo, por ser la inscripción a perpetuidad con efectos erga omnes, esta se mantendrá como parte del histórico. Lo anterior por cuanto la licencia de notario público no es objeto de cancelación, amén de que tratándose de inhabilitación lo que se suspende es la vigencia de la función notarial únicamente, sea no se pierde la condición de notario público, lo cual solo sucede con el fallecimiento.
3. El asiento que se origina en resoluciones de la Dirección que en ejecuciones de su competencia, podrán ser objeto de variación.
4. Los asientos registrales notariales que se originan en sentencia firme de los juzgados jurisdiccionales y notariales solo podrán variarse a requerimiento de esas autoridades.
5. Los asientos registrales notariales tienen toda su eficacia, en tanto no se indique lo contrario mediante anotación marginal, y de conformidad con las disposiciones al efecto de este reglamento.
6. Si por error se inscribiera un asiento, solo podrá cancelarse mediante resolución dictada por la Dirección en ese sentido, en donde se indique claramente en que consistió el error.
7. El Registro Nacional de Notarios recibe, tramita y procesa todos los documentos objeto de registración en los términos del Código Notarial y de las normas de este reglamento. Deberán ser inscritos una vez dictada la resolución en los casos que así lo amerite, en forma inmediata cuando se trate a solicitud del notario y tratándose de procesos disciplinarios, cuando lo comuniquen las autoridades respectivas.
8. Los documentos que emanen de las autoridades judiciales deberán contener la información necesaria que identifique el proceso, número de expediente, nombre y apellidos completos de los notarios, número de cédula, sanción aplicada y fecha a partir de la cual rige la misma.
9. Ninguno de los documentos que respaldan información de los asientos registrales notariales será objeto de calificación.

10. Toda aquella gestión de parte del notario con efectos registrales notariales deberá cumplir con los mecanismos de seguridad.
11. Los asientos del Registro serán anulados o modificados únicamente por resolución de la Dirección Nacional de Notariado y en ejecución de la emitida por el tribunal que dictó la sentencia que originó ese asiento.
12. Toda certificación deberá solicitarse por escrito y solo podrá ser expedida por la Dirección o por el servidor del Registro Nacional de Notarios debidamente autorizado, con la especificación sobre la cual versará la certificación.
13. Otros aspectos a valorar por parte de la Dirección.

ARTÍCULO 3

ASIENTOS INSCRIBIBLES EN EL REGISTRO NACIONAL DE NOTARIOS:

La materia registral notarial tiene íntima relación con la función contralora que ejerce la Dirección Nacional de Notariado. Está referida a materia propia de los requisitos, condiciones y deberes que cumple el notario en el ejercicio de la función notarial, así como el contenido de conductas irregulares de los notarios al contemplar la ley el registro de las suspensiones de los notarios.

Esos asientos son de dos clases:

a) los que provienen y se originan de resoluciones de esta Dirección, de los tribunales de justicia, así como de exhortos o comunicaciones de suspensiones impuestas por el Colegio de Abogados.
b) aquellas que nacen de peticiones expresas que formula el notario en el ejercicio de la función notarial, para requerimientos propios de ese ejercicio o de otros deberes.

Sin embargo, tomando en cuenta que esos asientos inscribibles únicamente se originan en resoluciones judiciales, del Colegio de Abogados y por solicitudes formuladas por el propio fedatario, no podrán ser objeto de calificación alguna. Tanto la información vía informática, como el archivo físico, formará parte del Registro para todos los efectos legales correspondientes.

Sin perjuicio que vía directriz se admitan otros aspectos inherentes al control y eficacia del servicio notarial que requiera su registración, de conformidad con las normas inherentes a esa materia, los asientos registrales notariales están referidos a los siguientes actos:

1. sello blanco
2. domicilio del despacho notarial
3. domicilio del profesional
4. autorización y entrega del tomo de protocolo
5. reposición total o parcial del tomo de protocolo
6. fondo de garantía
7. cese en el ejercicio
8. inhabilitación por causa de impedimento legal
9. inhabilitación por suspensión de la vigencia de la función notarial
10. solicitudes de habilitación o inscripción y cese
11. entrega de la licencia de notario público
12. registro de sanciones disciplinarias que se les impongan a los notarios tanto por la Dirección Nacional de Notariado, como por el juez notarial y otras autoridades judiciales
13. labores de fiscalización de conformidad con el reglamento respectivo
14. números telefónicos, tanto de la oficina notarial como del domicilio, facsímil, correo electrónico, apartado postal
15. salidas del país
16. otros a valorar por parte de la Dirección

ARTÍCULO 4

CONCEPTUALIZACIÓN NOTARIAL REGISTRAL.

Por la novedosa aplicación del régimen, y no existiendo en Costa Rica un registro afín al registral notarial, es necesario dejar conceptualizados los aspectos propios de la materia y que provienen de la ley.

LA DIRECCIÓN NACIONAL DE NOTARIADO COMO REGISTRADOR NOTARIAL.

Constituye una potestad de imperio que ejerce la Dirección, como legitimada para emitir la resolución que origina el asiento registral matriz por medio del cual se inscribe o se habilita al notario público.

Al igual que aquellas resoluciones emitidas por ese órgano, en presencia de sentencias con carácter de cosa juzgada material, de suspensiones decretadas por el Colegio de Abogados al profesional en Derecho y de solicitudes formuladas por los mismos notarios públicos.

Ejerce sus atribuciones en procura de la registración de toda aquella información en materia notarial, propia del control y eficacia del ejercicio de la función notarial, así como aquella que constituye materia de interés histórico y organizacional respecto de la actividad notarial.

Por lo anterior, esos asientos registrales notariales participan de la fe pública para lo cual la DNN está legitimada por ley a controlar. La registración notarial tiene como objeto primordial dar publicidad de la información a nivel nacional. Además, cumple un doble propósito: a) medio de control que la Dirección ejerce a lo interno y externo y b) vigilancia respecto de la eficacia del servicio público que brinda el fedatario a los usuarios.

ARTÍCULO 5

DE LOS PRINCIPIOS QUE PRIVAN EN MATERIA REGISTRAL NOTARIAL:

La conceptualización antes mencionada, de conformidad con el principio de legalidad, ubica al acto registral notarial desde tres principios propios de esa materia, a saber:

® PRINCIPIO DE LA FE PÚBLICA
® PRINCIPIO DE PUBLICIDAD
® PRINCIPIO DE SEGURIDAD

PRINCIPIO DE LA FE PÚBLICA:

Dentro de la misión de la Dirección Nacional de Notariado, se encuentra la de ejercer el control de la función pública ejercida privadamente por el notario debidamente habilitado por esta. Este fedatario, ejerciendo esa función notarial, puede causar daños con su actuación, tanto a usuarios, terceros, como a la misma fe pública.

Por esa razón, los asientos registrales notariales concretan perennemente materia propia de la fe pública que nace con ocasión del ejercicio de la función notarial. De ahí que la inscripción como notario público siempre permanecerá en el tiempo y aun al fallecimiento del notario, ese asiento tendrá el rango histórico y comprobará a perpetuidad lo ahí registrado.

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD:

Con la resolución número 27-99 de las diez horas del día 21 de enero de 1999, nace a la luz pública el Registro Nacional de Notarios, y con él la publicidad de toda la historia del ejercicio de la función notarial. A partir de su creación, el Registro Nacional de Notarios, para todos los efectos legales registrales será el departamento de la Dirección que asuma la registración de toda la información inherente a la actividad notarial. Todo usuario, tercero o interesado, puede conocer la información con respecto al ejercicio de la función notarial, tanto para efectos históricos como medio de control, para conocer el estado actual del notario que brindó o brinde el servicio notarial.

PRINCIPIO DE SEGURIDAD:

Correlativamente a los dos principios antes mencionados, este viene a ratificar registralmente la organización y control del ejercicio de la función notarial, ya perpetuada y para la fe pública. El Estado, por medio de la Dirección Nacional de Notariado, asegura al usuario, tercero y a la misma fe pública en la certeza de la información contenida y procesada en el Registro Nacional de Notarios, tanto a nivel físico como informático.

ARTÍCULO 6

NATURALEZA DE LOS ASIENTOS REGISTRALES NOTARIALES

Los asientos inscribibles en el Registro Nacional de Notarios constituyen en esencia un acto administrativo, cuyo nacimiento deviene siempre de una resolución de la Dirección.

ARTÍCULO 7

CLASES DE ASIENTOS REGISTRALES NOTARIALES:

DE INSCRIPCIÓN, HABILITACIÓN, CESE E INHABILITACIÓN

Su respaldo lo constituye el expediente judicial tramitado de conformidad con los artículos 10 y 3 del Código Notarial.

La inscripción y/o habilitación procede a inscribirse una vez que el notario se juramente de conformidad con la resolución firme de la Dirección.

Los casos con respecto al cese e inhabilitación, también tienen como respaldo el expediente donde se llevó a cabo el respectivo trámite, según el caso.

RESPECTO DE LA ENTREGA DE LA LICENCIA DE NOTARIO:

La licencia es el documento que identifica al notario público autorizado para el ejercicio de la función notarial, su entrega se efectuará una vez que este rinda el juramento de ley. Tendrá vigencia en el tanto de que el notario se encuentre debidamente habilitado.

El notario público deberá reportar su pérdida y su reposición se efectuará a requerimiento del fedatario.

Cuando surgiere el cese del notario público, el profesional estará obligado a entregarla a la Dirección, para su custodia en el expediente personal.

En caso de pérdida, extravío, sustracción o deterioro de la licencia, la reposición de la misma correrá por cuenta del notario.

REGISTRO ACTUALIZADO DE DIRECCIONES:

Este asiento se origina en virtud de reporte presentado por el notario según requerimiento legal al efecto. Se entiende que la dirección oficial de su casa de habitación como del despacho, es la consignada en el Registro. Esta última para la ejecución de las normas respecto de la fiscalización. Lo anterior desde los efectos de los artículos 24, inciso b) y 142, inciso h).

A excepción de los notarios consulares, el notario público, de conformidad con las normas respectivas, solo podrá tener abierta oficina en Costa Rica.

REGISTRO DE SANCIONES DISCIPLINARIAS:

Provienen de resoluciones de la Dirección Nacional de Notariado, dictadas en ocasión de su competencia, sentencias judiciales con carácter de cosa juzgada material y la aplicación de las sanciones impuestas por el Colegio de Abogados.

Tanto las sanciones decretadas por la Dirección Nacional de Notariado como las del Colegio de Abogados pueden sufrir anotaciones al margen.

Las que decreten las autoridades judiciales y notariales, al tener el carácter de cosa juzgada material, no podrán ser objeto de anotación alguna, excepto en aquellos casos en que la misma autoridad que la emitió así lo indique.

Tienen vigencia durante el lapso de suspensión y tratándose de más de tres meses, concomitantemente a la registración de la sanción, el Registro Nacional de Notarios inscribe el asiento registral notarial respecto de la orden del depósito de protocolo que deban realizar los notarios suspendidos.

SANCIONES IMPUESTAS POR EL COLEGIO DE ABOGADOS

La información que origina el asiento de sanciones impuestas por el Colegio, deviene por dos presupuestos: a) falta de pago de la colegiatura y b) por sanciones impuestas por otras causas.

En ambos casos, en razón de la accesoriedad operante, al perder el profesional la condición de abogado, pierde también la de notario. La Dirección actúa mediante la comunicación de ese Colegio, su publicación en La Gaceta y la resolución que al efecto dicte el mismo, ello en aplicación del artículo 148 del Código Notarial.

Esta inscripción estará vigente durante el período que así se indique. Puede ser objeto de anotaciones marginales que suspendan temporalmente los efectos registrales correspondientes.

SANCIONES DECRETADAS POR LA DIRECCIÓN NACIONAL DE NOTARIADO:

Los asientos por suspensiones decretadas por la Dirección podrán ser objeto de cancelación, en aquellos casos donde por sentencia judicial así se indique. Lo anterior en virtud de que las resoluciones de ese órgano no tienen carácter de cosa juzgada material. También puede ser objeto de anotaciones marginales en el tanto esté pendiente un proceso.

SANCIONES DECRETADAS POR AUTORIDADES JUDICIALES:

Los asientos por suspensiones decretadas por el juez notarial debidamente firmes serán objeto de registración. Ese asiento no podrá ser objeto de marginales ni cancelación alguna. En asuntos cuyo conocimiento correspondiera a los jueces penales, y eventualmente el notario fuera condenado por alguno de los delitos contemplados en el artículo 4, inciso c) del Código Notarial, recibida la comunicación de esas autoridades, y al estarse en presencia de un impedimento para ser notario y ejercer como tal, la Dirección Nacional de Notariado iniciará un proceso a fin de dictar resolución al respecto. Ese asiento mantendrá su vigencia de conformidad con los términos establecidos en el artículo 147 del Código Notarial.

ORIGINADOS EN LA FISCALIZACIÓN:

Todos los asientos registrales notariales que se originen en el proceso de fiscalización, deberán tener su respaldo en una resolución firme de la Dirección. La información consignada registralmente debe estar acorde con el Reglamento respectivo. No podrá ser objeto de variación alguna y sí podrá anotarse marginalmente. Son certificables a requerimiento del interesado o de instituciones que así lo soliciten.

DE LA ENTREGA DE PROTOCOLOS:

Este asiento registral notarial contendrá: el número de tomo autorizado, de la serie y número del papel de protocolo, de los folios que contenga y cualquier otra observación pertinente. Está unido a la razón de apertura del protocolo; misma que es consignada, previa verificación del cumplimiento de los siguientes requisitos: a) estar habilitado para ser y ejercer como notario, b) encontrarse al día en las cotizaciones al fondo de garantía, c) constatación de que el volumen anterior haya sido depositado en el Archivo Notarial, en caso de encontrarse en trámite de reposición, que conste resolución concediendo la autorización para continuar cartulando y d) impresión del sello blanco en cada uno de los folios que componen el tomo, cancelación del respectivo timbre fiscal y registro de la firma.

DE REPOSICIONES TOTALES O PARCIALES DE TOMOS DE PROTOCOLO:

La información que conforma el asiento registral notarial respecto de reposiciones de protocolo, contendrá el número de expediente y el tipo de reposición de que se trate, con indicación de si se autoriza a seguir cartulando o no. Este asiento tiene efectos permanentes, puede ser objeto de marginales en el caso de que en el transcurso de las diligencias se detecte alguna anomalía que amerite realizar una denuncia, o bien que aparezca el tomo o folio por reponer, así como la finalización y en los términos que concluye ese proceso.

REGISTRO DE FIRMAS:

Los asientos registrales notariales de firmas de notarios están conformados por: a) las firmas que en forma personal y obtenida a nivel material se han registrado ante la Dirección, b) digitalmente y c) aquellas que de conformidad con los avances tecnológicos se llegaren a determinar.

De pleno derecho, todas las firmas de los notarios públicos inscritos antes del código y después de este conforman ese registro de firmas, mismas que deben estarse actualizando ante esta Dirección.

La conservación y custodia del registro físico de firmas de los notarios le corresponde al Archivo de la Dirección Nacional de Notariado.

REGISTRO DE SELLOS BLANCOS:

En razón de la materia de que se trata, estos asientos registrales notariales también están constituidos por un archivo físico, mismo que custodia el archivo de la Dirección, y en este se consigna la fecha del cumplimiento por parte del notario de ese requisito.

FONDO DE GARANTÍA:

La base de datos de la Operadora del Fondo de Garantía formará parte del Registro Nacional de Notarios. Constituirá una herramienta de consulta para la verificación de que el notario público se encuentra al día en sus cotizaciones a dicho Fondo, con el fin de

determinar la autorización de la entrega de protocolos, como de las solicitudes de autenticaciones de firma de los notarios públicos o cualquier otro trámite administrativo. Igualmente se utiliza para la actualización de esa información en el asiento registral respectivo, el cual no podrá ser objeto de variación alguna, y a su vez constituye prueba para los casos de indemnización por daños y perjuicios.

ARTÍCULO 8

ASIENTOS REGISTRALES NOTARIALES DERIVADOS DE PETICIONES EXPRESAS DE LOS NOTARIOS PÚBLICOS:

Estos asientos se originan de información proveniente del mismo notario. Están referidos a:

1. Salidas y entradas al país
2. Cambio de dirección de la notaría, así como de los números telefónicos, de facsímil, correo electrónico o apartado postal, si los tuviera
3. Cambio de la dirección de su domicilio y del número telefónico
4. Cese voluntario
5. Pérdida de sello blanco y papel de seguridad
6. Especialidad en Derecho Notarial y Registral
7. Recertificación
8. Cualquier otro que a criterio de la Dirección sea procedente

DISPOSICIONES TRANSITORIAS:

I. La Dirección Nacional de Notariado utilizará la base de datos que en su momento estableció la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia, hasta tanto no se cuente con un sistema informático a la medida; una vez que el mismo sea implementado, dicha base de datos será migrada al nuevo sistema, y como respaldo físico, toda esa información se mantendrá en tomos identificados alfabéticamente, con la firma del encargado y la fecha en que la migración se llevó a cabo.

II. El tomo de juramentación que actualmente lleva la Dirección, fungirá como el tomo primero del Registro Nacional de Notarios, mismo que conforme se indicó en el artículo 1 de este reglamento, deberá concluirse con una razón final en los términos de dicho numeral.

III. La base de datos de la empresa que comercializa el papel de seguridad notarial, así como la utilizada por la Operadora del Fondo de Garantía de los Notarios, constituirán herramientas de consulta del Registro Nacional de Notarios. Esta disposición estará vigente durante el término que el mismo no cuente con el sistema informático a la medida, que incluya esa información integralmente y como parte de los asientos registrales notariales en la materia.

IV. La implementación del asiento matriz notarial aquí expuesto, se conformará físicamente hasta que se disponga del Sistema Integrado.

V. Con respecto a la firma del notario, en tanto no se cuente con la firma digital del notario, se llevará mediante tarjeta suscrita por el notario, ante el funcionario responsable, para tal efecto. Todas aquellas firmas que conforman el histórico de la Secretaría General de la Corte, serán incluidas en el sistema que lleva al efecto la Dirección, con la entrega de la licencia de notarios.

VI. En aquellos casos en donde se solicite la autorización para que un cónsul ejerza funciones de notario consular en la circunscripción territorial donde fue nombrado, y este fuera un notario público activo, previo a otorgar esa autorización, el profesional deberá previo, formular la solicitud de cese en ese ejercicio, originándose en este caso una anotación al asiento matriz.

VII. Las disposiciones del presente reglamento serán aplicables en tanto los medios informáticos y los recursos humanos lo permitan.

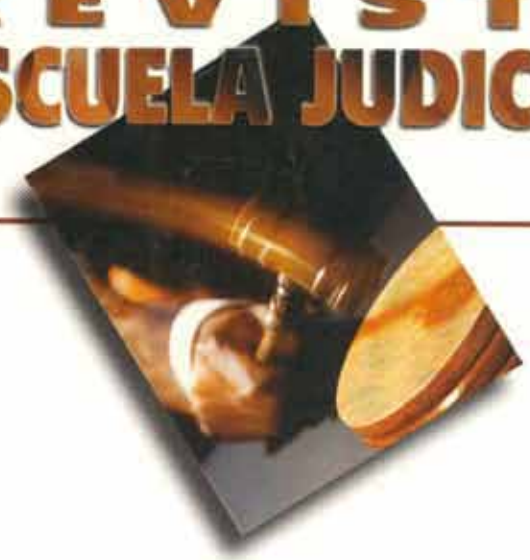
VIII. Rige a partir de su publicación.

San José, 2 de mayo de 2001.

Licda. Alicia Bogarín Parra
Directora Nacional de Notariado

* * *

REVISTA ESCUELA JUDICIAL



El proyecto de la **Revista de la Escuela Judicial** forma parte del Programa de Investigación, el cual se plantea, como uno de sus objetivos, la necesidad de la difusión del pensamiento jurídico, en los niveles interno y externo del Poder Judicial. La misión de la revista es convertirse en un instrumento que coadyuve con la administración de justicia tanto doctrinaria como jurisprudencialmente. Este ambicioso proyecto se convierte, además, en un espacio donde funcionarios y funcionarias puedan publicar sus estudios jurídicos y de esta manera, colaborar con sus colegas en las diversas jurisdicciones desde un punto de vista judicial. Con esta revista, la Escuela Judicial pretende lograr el objetivo de proveer capacitación en temas relevantes de todas las ramas de las ciencias jurídicas y además, ampliar su cobertura de manera que llegue a todas las regiones del país.

Se espera que la Escuela Judicial pueda continuar publicando esta revista por muchos años y que, por medio de ella, siga cumpliendo su importante misión de fortalecer de manera integral los conocimientos de los(as) funcionarios(as) y se convierta en un instrumento más para mejorar la administración de justicia en Costa Rica.