



PODER JUDICIAL DE COSTA RICA

ESCUELA JUDICIAL

Lic. Édgar Cervantes Villalta

“Fortaleciendo el futuro de la justicia en Costa Rica”

REVISTA N° 5

NOVIEMBRE 2007

Director Escuela Judicial: Dr. Marvin Carvajal Pérez

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

Coordinador de la Revista Escuela Judicial: Lic. Román Bresciani Quirós

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

Diseño de portada: Sr. Ronald Cole Leitón, Área de Servicios Técnicos, Escuela Judicial

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

Corrección de pruebas: Adrián Alfaro Obando, Escuela Judicial

Diagramación, impresión y acabado final: Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial

**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
Derechos reservados

ISSN 1409-4347

ADVERTENCIA

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

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

PODER JUDICIAL DE COSTA RICA ESCUELA JUDICIAL

Lic. Édgar Cervantes Villalta

“Fortaleciendo el futuro de la justicia en Costa Rica”

Teléfono; 295-4542 – 295-4540

Fax: 295-4542

Apdo.: 285-3007

Dirección electrónica: www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial

San Joaquín de Flores, Heredia, Costa Rica

2007



Poder Judicial
Departamento de Artes Gráficas
B. 32150



SUMARIO

PRÓLOGO .▣	5
Dr. Marvin Carvajal Pérez	
LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y SUS ALCANCES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE Y ESPAÑOL Especial referencia a la situación de los nacionales y los extranjeros.....	7
Víctor Eduardo Orozco Solano	
NECESIDAD DE UNA PROFUNDA REFORMA PROCESAL LABORAL EN AMÉRICA LATINA.....	27
Adolfo Ciudad Reynaud	
DERECHO HUMANO DE ACCESO A LA JUSTICIA: El papel del Estado como titular de su administración y el caso de grupos minoritarios vulnerabilizados.....	45
María José Yglesias Ramos	
DESAFÍOS EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA ORALIDAD EN LA REFORMA A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA Herramientas de litigación	63
Maricruz Barquero Kepfer	
A PROPÓSITO DE LA ORALIDAD Y LOS PROYECTOS PROCESALES AGRARIOS	87
Magistrada Carmenmaría Escoto Fernández	
PERSONALIDAD JURÍDICA Y AUTONOMÍA PRIVADA EN EL DERECHO SOCIETARIO	111
Gastón Certad M.	
RESEÑA SOBRE EL COMERCIO ELECTRÓNICO	125
Román Bresciani Quirós	
LA EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES PENALES JUVENILES EN COSTA RICA	145
Mayra Campos Zúñiga Omar Vargas Rojas	



PRÓLOGO

Dr. Marvin Carvajal Pérez
Director
Escuela Judicial

La complejidad del mundo actual impone al Estado una serie de retos. La superación exitosa de tales desafíos, determina la vigencia de una institucionalidad fuerte y legítima. En ese contexto, el Poder Judicial además de aportar servicios estratégicos de alta confiabilidad y eficacia, debe convertirse en un centro de producción de ideas tendentes a la mejora permanente y continua de la administración de justicia. De esta forma, en todo momento la Escuela Judicial debe transformarse en un polo de debate y reflexión científica, desde donde fluyan las propuestas que sirven de germen a los grandes cambios en beneficio de todas las personas usuarias del Poder Judicial.

Las anteriores reflexiones nos sirven de base para la presentación de este quinto número de la Revista de la Escuela Judicial, con el cual se desea contribuir en forma decidida al fortalecimiento de la institución, a la defensa a ultranza de la persona y de sus derechos como signataria del pacto social.

Para este nuevo número de nuestra revista, hemos incorporado ocho trabajos de gran calidad técnica y relevancia científica. Esta edición combina la producción de funcionarios y funcionarias judiciales de reconocida trayectoria institucional y académica, así como la de destacados jóvenes valores del Poder Judicial. Asimismo, se incluyen los aportes de connotados especialistas nacionales e internacionales.

La variedad temática es evidente, aunque resulta patente una clara inclinación, en este volumen, por los temas referentes al

reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales y a las necesarias reformas procesales. Tal es el caso del sugerente artículo de Víctor Orozco Solano, acerca de la libertad de locomoción, a través de un estudio de derecho comparado. Por su parte, María José Yglesias Ramos nos presenta un trabajo en relación con el acceso a la justicia de las personas pertenecientes a grupos vulnerables.

Maricruz Barquero Kepfer ofrece un innovador estudio acerca de la oralidad como mecanismo para la dinamización de los procesos y para lograr que estos resulten más acordes con los sistemas democráticos de administrar justicia. Su enfoque se halla centrado en los nuevos desafíos que conlleva la reciente reforma procesal contencioso-administrativa. También la magistrada Carmenmaría Escoto Fernández, describe con precisión las nuevas tendencias procesales en materia agraria que se traducirán en actualizaciones normativas de muy alto impacto.

El experto internacional Adolfo Ciudad Reynauld, nos llama la atención acerca de la ineludible necesidad de actualizar los ordenamientos procesales laborales en América Latina, no solamente para garantizar el pleno respeto a la vasta normación internacional producida en el marco de la Organización Internacional del Trabajo, sino también como mecanismo para consolidar una democracia continental inclusiva.

Desde una perspectiva regional e integradora, Román Bresciani Quirós trata el conjunto de nuevos desafíos para el sistema económico y

jurídico que implica la adopción de tecnologías de la información y la comunicación en el ejercicio ordinario del comercio. Mayra Campos Zúñiga y Omar Vargas Rojas, desarrollan un tema de gran actualidad, como es la ejecución de las sanciones penales juveniles en Costa Rica, aspecto donde el país da apenas sus primeros pasos.

Por tanto, la producción intelectual de alto nivel en torno a este tema, resulta de especial relevancia dogmática y práctica.

Finalmente, el profesor Gastón Certad nos presenta un trabajo en torno a la personalidad jurídica y la autonomía privada en el derecho societario, con la rigurosidad que siempre lo caracteriza, contribuyendo significativamente a la doctrina del derecho privado costarricense.

Esperamos, desde la Escuela Judicial, que este quinto número de la revista sea de su mayor provecho. De igual modo, nos comprometemos a seguir contribuyendo con el fortalecimiento del Poder Judicial y de nuestra sociedad.



LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y SUS ALCANCES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE Y ESPAÑOL

Especial referencia a la situación de los nacionales y los extranjeros

Víctor Eduardo Orozco Solano

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN.
3. EL RECONOCIMIENTO DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.
4. LOS CRITERIOS SOSTENIDOS POR LA SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL EN SU JURISPRUDENCIA, TANTO PARA NACIONALES COMO EXTRANJEROS.
5. CONCLUSIONES.



LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y SUS ALCANCES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE Y ESPAÑOL

Especial referencia a la situación de los nacionales y los extranjeros

Víctor Eduardo Orozco Solano

1. Introducción

El propósito de estas notas, es determinar el contenido esencial, los alcances y matices de la libertad de circulación o de tránsito, en los términos en que ha sido reconocida, tanto por la Constitución Política de la República de Costa Rica del 7 de noviembre de 1949 y la Constitución Española del 6 de diciembre de 1978.

Asimismo, se mencionará la protección conferida por el derecho internacional de los derechos humanos, tanto en el sistema interamericano como en el europeo, de modo que se pueda establecer alguna semejanza o distinción en la tutela de este derecho fundamental.

Con este fin, es relevante analizar los criterios sentados en la Jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional Español, y la forma en que han desarrollado esta libertad, tanto para nacionales como extranjeros, de modo que se pueda precisar alguna diferencia.

También es importante analizar las legislaciones internas de ambos países, las cuales contienen múltiples limitaciones para el disfrute de este derecho fundamental.

2. El contenido esencial de la libertad de circulación o de tránsito

En primer lugar, se debe advertir que la libertad de circulación es un derecho fundamental, tanto

en el ordenamiento jurídico español, como en el costarricense, el cual es susceptible de tutela por parte del Tribunal Constitucional Español, a través del recurso de amparo constitucional y de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, por medio del hábeas corpus. Así se infiere, con toda claridad de la lectura de los artículos 19 y 53 de la Constitución Española y 48 de la Constitución Política de Costa Rica.

Por tanto, en términos generales, la libertad de tránsito consiste en la facultad de toda persona de desplazarse o circular libremente por todo el territorio de un Estado, así como de entrar o salir del mismo.

En este sentido, la Ley Fundamental para la República Federal Alemana, del 23 de mayo de 1949, en su artículo 11, lo reconoce de la siguiente forma:

Artículo 11.

1. Todos los alemanes gozarán de la libertad de movimiento y de residencia en la totalidad del territorio federal.
2. Este derecho sólo podrá ser restringido por una ley o en virtud de una ley y, únicamente en el caso de que no existan suficientes medios de subsistencia y pueden originarse cargas especiales para la colectividad o en el supuesto de que así sea necesario para prevenir un peligro que amenace la subsistencia o el orden fundamental demoliberal de prevenir un peligro que amenace la subsistencia o el orden fundamental demoliberal de la

Federación o de algún Estado, para combatir peligros de epidemia catástrofe natural o accidente especialmente grave. Para proteger a los menores contra el desamparo o para evitar acciones delictivas.

Por su parte, la Constitución Española del 6 de diciembre de 1978, consagra este derecho fundamental del siguiente modo:

Artículo 19.

Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional.

Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos.

Ahora bien, la Constitución Política de la República de Costa Rica, en su artículo 22, reconoce el derecho de todo costarricense de trasladarse y permanecer en cualquier punto de la República o fuera de ella, siempre que se encuentre libre de responsabilidad, y puede volver cuando le convenga. Dicha norma también veda la posibilidad de exigir a los costarricenses requisitos que impidan su ingreso al país¹. Además, el artículo 32 establece:

Ningún costarricense podrá ser compelido a abandonar el territorio nacional².

En este orden de ideas, la doctrina costarricense ha indicado que en esta materia, nuestra Constitución es liberal. De este modo, no admite restricciones a la libertad de tránsito que no sean exclusivamente aquellas derivadas de la privación legítima de la libertad personal o por motivos de seguridad o de salubridad públicas, o porque su ejercicio sea contrario a la moral, las buenas costumbres o el orden

público³. No se trata de un derecho absoluto, porque puede ser limitado por diversas razones, tal como lo reconoce el párrafo 3° del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que autoriza al Estado a restringir esos derechos, solo para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública y los derechos y libertades de terceros, lo cual debe hacerse mediante ley. En consecuencia, la propia ley tiene que determinar las condiciones en donde pueden limitarse esos derechos.

Así por ejemplo, en Costa Rica se puede dictar un impedimento de salida del país a los deudores alimentarios (nacionales o extranjeros) tal como está contemplado en el artículo 14 de la Ley de Pensiones Alimentarias, el cual establece que ningún deudor alimentario podrá salir del país, salvo que la parte actora lo autorice o que este garantice un año de pensión alimentaria y el aguinaldo.

Asimismo, debe tenerse presente que la protección de la libertad de tránsito presenta distintos alcances, dependiendo de si quien ejerce el derecho, tiene la condición de nacional o extranjero, respecto del territorio al cual quiere ingresar o del que pretende salir.

En el caso de los nacionales, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 12.4), como la Convención Americana sobre Derecho Humanos (artículo 22.5), disponen que nadie puede ser privado del derecho de ingresar al territorio del Estado donde es nacional. Constituye en consecuencia una violación a la libertad de tránsito, negar a un nacional el ingreso a su país, pues este derecho solo se le puede restringir a quien no se halla ligado jurídicamente al Estado por el vínculo de la nacionalidad⁴. El derecho de toda persona a entrar a su propio país, no solo

1 Constitución Política de la República de Costa Rica, artículo 22.

2 *Ibid.*, artículo 32.

3 Hernández Valle, Rubén. *Derecho Procesal Constitucional*. Editorial Juriscentro, p. 179.

4 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. "Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile". OEA/Ser.LV/II.66, doc. 17, 27 de septiembre de 1985, p. 141.

la faculta a regresar después de haber salido, sino que también puede permitir a la persona, entrar por primera vez al país, si ha nacido fuera de él. Ese derecho a volver reviste la máxima importancia, en el caso de los refugiados que desean la repatriación voluntaria.

Asimismo, el derecho de toda persona a permanecer en el país donde es nacional, se encuentra garantizado en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. En este sentido, la Convención Americana (artículo 22.5) dispone que nadie puede ser expulsado del territorio del Estado, donde es nacional. Esto demuestra que si hay un derecho que, en principio, es absoluto, es el derecho a vivir en la patria, lo que se ha reconocido como un "atributo de la personalidad".

En cuanto al derecho de salir del territorio nacional, constituye una violación al mismo, impedirlo a quienes cumplen las condiciones para tal efecto, pues todas las personas tienen el derecho de emigrar o visitar otro país, siempre que no exista una causa razonable para impedirlo, como por ejemplo, en el caso de quienes se encuentren procesados por delitos comunes, supuesto en donde la ley puede prohibirles salir del país. Esta medida deberá ser decidida por la autoridad competente, si razonablemente así lo amerita la situación, de acuerdo con sus particulares circunstancias. En consecuencia, a nadie puede impedírsele viajar fuera de su patria, ni se puede obligar a que se mantenga dentro del país, salvo excepciones muy calificadas.

En el caso de los extranjeros, la situación es algo distinta, pues el ejercicio de la libertad de tránsito, no les otorga una facultad ilimitada para viajar de un país a otro, ni para permanecer en ellos. En principio, la cuestión

de si un extranjero se encuentra "legalmente" dentro del territorio de un Estado, es una cuestión regida por el derecho interno que se puede restringir la entrada de un extranjero, al territorio de un Estado, siempre que se adecúen a las obligaciones internacionales de ese Estado.

De acuerdo con el Comité de Derechos Humanos, la libertad de tránsito no confiere a ninguna persona el derecho de entrar a un país distinto del propio, o residir en él. Por cuanto le corresponde a cada Estado, decidir a quién ha de admitir o no en su territorio⁵.

Pero también ha señalado el comité que la libertad de circulación, es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona, cuyo disfrute lógicamente está ligado al de otros derechos que son conocidos por ese órgano⁶.

Por lo general, todo extranjero, para su ingreso a un país determinado, debe cumplir una serie de condiciones que este exija; como por ejemplo, debe contar con su pasaporte o documento de viaje análogo, vigente y expedido por la autoridad competente, con su correspondiente visado. En consecuencia, el correlativo derecho a salir del Estado, debe incluir la obtención de los documentos de viaje necesarios, pues la negativa de un Estado a emitir un pasaporte o prorrogar su validez a un nacional que reside en el extranjero, puede privar a esa persona del derecho de salir del país de residencia y de viajar a otra parte.

Ahora bien, una vez que se les permite a los extranjeros entrar en el territorio de un Estado, adquieren el derecho de circular, elegir libremente su residencia, y salir de él. Estos derechos no podrán ser limitados, sino

5 Observación General N° 15. "La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" (27^o período de sesiones, 1986), párrafo 5. En: "Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por órganos de derechos humanos creados en virtud de los tratados". Naciones Unidas: HRI/GEN/1, del 4 de septiembre de 1992, p. 21.

6 Comentario General N° 27 del 2 de noviembre de 1999. Comentarios Generales aprobados por el Comité de Derechos Humanos con arreglo al párrafo 4° del artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Libertad de Circulación. <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1400.pdf>

conforme a las excepciones previstas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos o el ordenamiento jurídico interno.

Resulta importante remarcar que los extranjeros obtienen derechos, solamente si ingresaron al país, cumpliendo los requisitos necesarios para tal efecto. De esta manera, no gozarán de ellos quienes ingresan o permanecen en él, sin haberse sometido a la normativa interna, o quienes se quedan después de vencido el plazo de la autorización de permanencia concedida al entrar.

Finalmente, también se ha sostenido que el derecho a la libertad de circulación, es un elemento fundamental de la libertad. Lo anterior permite a las personas escapar de sistemas políticos que les niegan otras libertades fundamentales, sirviendo así como un último recurso.

Por su parte, el derecho de regresar al propio país, protege de manera similar contra la represión oficial, al impedir que el Estado exilie a grupos o personas que desaprueba. En el caso de los extranjeros, el derecho a regresar también contribuye a fortalecer el derecho a salir de un país, garantizándoles que tendrán un lugar donde volver⁷.

3. El reconocimiento de la libertad de circulación en el derecho internacional de los derechos humanos

Este derecho fundamental ha sido consagrado en diversos instrumentos internacionales, entre ellos, el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; los artículos 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo VIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el

artículo 26 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

En concordancia con lo dispuesto por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 13) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 22.6), todo extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado, solo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley. Al igual que en el caso de los nacionales, todo extranjero tiene el derecho de salir del territorio del Estado, en donde se encuentra residiendo o circulando, ya sea para emigrar o, simplemente, para viajar a otro lugar, salvo excepciones muy calificadas.

Por su parte, en el sistema europeo, la libertad de circulación ha sido reconocida en el inciso f), del párrafo 1° del artículo 5° del Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma del 4 de noviembre de 1950, así como en el artículo 2° de su Protocolo (IV). Esta última norma establece:

Artículo 2.-

1. Toda persona que se encuentre en situación regular sobre el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente en él y a escoger libremente su residencia.
2. Toda persona es libre de abandonar un país cualquiera, incluso el suyo.
3. El ejercicio de estos derechos no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas en la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la salvación pública, el mantenimiento del orden público, la prevención de infracciones penales, la protección de la salud o de la moral o la salvaguardia de los derechos y libertades de tercero.

⁷ Informes. La libertad de circulación en el Derecho Internacional. Octubre de 2005. Página de Internet: <http://hrw.org/spanish/informes/2005/cuba1005/4.htm>

4. Los derechos reconocidos en el párrafo 1 pueden igualmente, en ciertas zonas determinadas, ser objeto de restricciones previstas por la ley y que están justificadas por el interés público en una sociedad democrática.

De esta forma, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha tenido un papel preponderante, en cuanto a la defensa de la libertad de tránsito. Un ejemplo es la resolución del 5 de marzo de 1985, la cual resolvió declarar que el Gobierno de Chile había violado el derecho de residencia y tránsito consagrado por el Artículo VIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, al expulsar del territorio chileno a los señores Jaime Insunza Becker y Leopoldo Ortega Rodríguez, ya que no fueron sometidos a un proceso judicial, en donde se observaran las normas del debido proceso, tal como lo estipulan los instrumentos internacionales.

Asimismo, en la resolución 24/82 del 8 de marzo de 1982, la Comisión Interamericana declaró que resulta violatorio de lo dispuesto en la Declaración Americana, impedir a los exiliados regresar a su Patria, por lo que recomendó al Gobierno de Chile, otorgar a las personas incluidas en la resolución, los permisos necesarios para regresar a su país.

En cuanto al impedimento de salida del país, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señaló en el caso Ricardo Canese contra Paraguay, la sentencia del 31 de agosto de 2004, que el derecho de circulación y de residencia, incluido el derecho a salir del país, pueden ser objeto de restricciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 22.3 y 30 de la convención. Sin embargo, es necesario que dichas restricciones se encuentren expresamente fijadas por ley, y que estén destinadas a prevenir infracciones penales o a proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden público, la moral o la salud pública, o los derechos y libertades de los demás, en la medida indispensable en una sociedad democrática. En este sentido, la

Corte estableció la necesidad de la existencia de tres requisitos para impedir a una persona salir del país: la legalidad, la necesidad y la proporcionalidad de la medida.

En primer término, la Corte destaca la importancia de la vigencia del principio de legalidad en el establecimiento de una restricción al derecho de salir del país, dada su incidencia en el ejercicio de la libertad personal. Por lo anterior, es indispensable que el Estado defina de manera precisa y clara, mediante una ley los supuestos excepcionales, en donde puede proceder una medida de esa naturaleza, cuando deban definirse su propósito y los supuestos específicos, en donde se hace indispensable, aplicar la restricción para cumplir con alguno de los fines indicados en el artículo 22.3 de la Convención. Asimismo, cuando la restricción se encuentre contemplada por ley, su regulación debe carecer de ambigüedad de tal forma que no genere dudas.

También la Corte consideró indispensable que las medidas cautelares que afectan la libertad personal y el derecho de circulación de un investigado en un proceso penal, deben ser de carácter excepcional, pues se encuentran limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de necesidad y proporcionalidad. En consecuencia, para aplicar tales medidas cautelares en el proceso penal, deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad del imputado, y que se presente alguna de las siguientes circunstancias: peligro de fuga del imputado; peligro de que el imputado obstaculice la investigación; y peligro de que el imputado cometa un delito.

Finalmente, la Corte consideró que la restricción al derecho a salir del país que se imponga en un proceso penal, mediante una medida cautelar, debe guardar proporcionalidad con el fin legítimo perseguido, de manera que se aplique solamente, si no existe otro medio menos restrictivo, y durante el tiempo estrictamente necesario para cumplir con su función, como por ejemplo evitar la fuga.

Además, cabe señalar que cada país en lo interno, cuenta con disposiciones especiales, en cuanto a la regulación del ingreso y salida del país, por lo que además del marco internacional existente, deben tomarse en consideración, las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias propias de cada ordenamiento.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el asunto *Timishev contra Rusia*, del 13 de diciembre de 2005, examinó la negativa de admitir “chechenios” en una frontera rusa. En esta ocasión, determinó que la desigualdad de trato en el ejercicio de la libertad de circulación sustentada en el origen étnico, lesiona el derecho reconocido en el artículo 14 del Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma del 4 de noviembre de 1950, en relación con el artículo 2° del Protocolo número IV⁸.

No obstante, se debe indicar que existe un vacío, tanto en las Constituciones de Costa Rica y España, como en los instrumentos internacionales de derechos humanos, acerca de la protección de la libertad de circulación, respecto de los extranjeros que no son regulares, cuyas limitaciones a la libertad de tránsito, se podrían calificar de desproporcionadas y que menoscaban el contenido esencial de este derecho, a tal grado que se puede cuestionar, si realmente son titulares de este.

4. Los criterios sostenidos por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica y el Tribunal Constitucional Español en su jurisprudencia, tanto para nacionales como extranjeros

Como se indicó con anterioridad, la Constitución Política de la República de Costa Rica, en sus artículos 22 y 32 les reconoce la libertad de circulación a los ciudadanos costarricenses. Sin embargo, esta libertad también ha sido reconocida a los ciudadanos extranjeros –aunque con mayores limitaciones– según se infiere de la jurisprudencia de la Sala Constitucional.

En este sentido, si bien los ciudadanos extranjeros comparten con los costarricenses, sus mismos derechos individuales y sociales⁹, se encuentran sujetos a mayores restricciones legales, como las que están reguladas en materia de libertad de circulación por la Ley de Migración y Extranjería, Ley N.º 8487 del 22 de noviembre de 2005, publicada en el diario oficial *La Gaceta*, n.º 8487 del 22 de noviembre de 2005.

Esta ley precisamente tiene por objeto regular el ingreso de las personas costarricenses y extranjeras al territorio de la República, y el egreso de él, así como la permanencia de las personas extranjeras en el país¹⁰.

8 Rey Martínez, Fernando. La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Universidad de Valladolid. Página de Internet: http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_669580010/DR%20TBE%20DDHH.doc?url=%2FBibliotecaWeb%2FVarios%2FDocumentos%2FBD_669580010%2FDR+TBE+DDHH.doc

9 Constitución Política de la República de Costa Rica, artículo 19.

10 Ley de Migración y Extranjería, Ley N° 8487 del 22 de noviembre de 2005, artículo 1°.

Sobre la posibilidad de brindar un trato diferenciado a los ciudadanos nacionales y extranjeros, sin que ello produzca una violación del derecho protegido en el artículo 33 de la Carta Magna¹¹, la Sala Constitucional señaló:

La igualdad entre nacionales y extranjeros la reconoce nuestra Constitución, en cuanto a deberes y derechos, con las excepciones y limitaciones que la Constitución y las Leyes establecen. Las excepciones son aquellas que excluyen a los extranjeros de determinada actividad negándole para esos efectos la igualdad con respecto a los nacionales, y están contenidas principalmente en la Constitución, aunque nada obsta para que también se hagan por vía de ley. A manera de ejemplo, como exclusiones Constitucionales tenemos, la prohibición de intervenir en asuntos políticos del país (artículo 19) y la de ocupar cargos públicos [...]. Las limitaciones en cambio, reconocen el derecho, pero lo restringen o limitan —como lo dice la palabra—, por motivos de razonabilidad inherentes, ya sea en las diferencias propias entre extranjeros o nacionales, o para proteger

un determinado grupo de nacionales o una actividad determinada, atendiendo a razones de necesidad en un momento histórico concreto, o bien por cumplir con una verdadera función social.

Por supuesto que no basta con imponer limitaciones atendiendo exclusivamente al hecho de la nacionalidad, porque aquí podrían imperar criterios xenofóbicos ajenos a los parámetros de racionalidad que deben utilizarse a la hora de analizar las diferencias entre iguales; es importante que se respete alguno de los otros criterios expuestos supra para limitar validamente el derecho de igualdad a los extranjeros para una actividad o función determinada¹².

En efecto, aunque el legislador puede imponer varias limitaciones a los ciudadanos extranjeros por diversas razones, estas no pueden ser irrazonables o desproporcionadas, pues sino se produce un trato injustificado que vulnera a toda luz, los derechos fundamentales de estos individuos, quienes podrían acudir a la jurisdicción constitucional en defensa de sus intereses¹³.

11 El artículo 33 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, estipula: “Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse ninguna discriminación contraria a la dignidad humana”.

12 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia n.º 1272-96 de las 12:21 hrs. del 15 de marzo de 2000.

13 Al respecto, el artículo 25 de la Ley de Migración y Extranjería, Ley N° 8487 del 22 de noviembre de 2005: establece:

Artículo 25.- En Costa Rica, las personas extranjeras gozarán de los derechos y las garantías individuales y sociales reconocidos para las personas costarricenses en la Constitución Política, salvo las limitaciones que establecen la Constitución Política, así como esta y otras leyes. Las normas relativas a los derechos fundamentales de las personas extranjeras se interpretarán conforme a los convenios en la materia de derechos humanos y a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por Costa Rica que se encuentren vigentes y, específicamente, por lo siguiente:

- a. Toda persona extranjera tendrá el derecho de acceso a la justicia y la libertad de petición individual o colectiva, para obtener información de cualquier funcionario público o entidad oficial y el derecho a obtener respuesta.
- b. Las personas extranjeras que cuenten con autorización para permanecer en el país podrán circular libremente por el territorio nacional, por el tiempo que defina la autorización.
- c. Las personas extranjeras estarán sujetas a los requisitos fijados en esta Ley, su Reglamento y otras normas jurídicas aplicables, para ingresar al país, permanecer en él o egresar de él.
- d. Las personas extranjeras podrán ser compelidas a abandonar el país, cuando sean sujetas a sanciones administrativas, según lo dispuesto en la presente Ley o cuando así lo disponga la autoridad judicial.
- e. Las personas extranjeras únicamente podrán ser detenidas según lo dispuesto por la Constitución Política y las leyes. No obstante, podrán ser aprehendidas, con el fin de investigar su situación migratoria, tramitar y ejecutar las sanciones administrativas previstas por la presente Ley.
- f. Las personas extranjeras no podrán sufrir pena, sino en el marco de lo dispuesto por la Constitución Política y las leyes. Sin embargo, estarán sujetas a las sanciones administrativas previstas en la presente Ley.
- g. Las personas extranjeras tendrán acceso al sistema de seguridad social costarricense, de acuerdo con la legislación vigente y su categoría migratoria. Además, toda persona extranjera tendrá derecho a la asistencia médica de urgencia o emergencia.
- h. Toda persona extranjera autorizada para permanecer legalmente en el país, tendrá derecho a que la Dirección General le acredite dicha autorización.
- i. En ningún caso deberá entenderse que los derechos aquí establecidos implican que deba resolverse de manera positiva, sino que el asunto puesto a conocimiento de la Dirección General será analizado en el marco del ordenamiento jurídico vigente.

En este sentido, el artículo 48 de la norma suprema protege el derecho de toda persona, nacional o extranjera, de garantizar su libertad e integridad personales, mediante el recurso de hábeas corpus, o a través del recurso de amparo, si se buscan tutelar los demás derechos reconocidos en la Constitución Política, como en los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos vigentes en la República¹⁴.

Es claro que la posibilidad de las autoridades públicas de dictar el impedimento de entrada o salida del país a una persona, según se expuso está relacionada con su libertad personal –si es emitido en el marco de un proceso penal como una medida cautela– o con la libertad de tránsito y de circulación.

En la medida en que se discuta la violación de uno de estos derechos, dichos asuntos pueden ser conocidos por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante el recurso de hábeas corpus, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, según el cual

“Procede el hábeas corpus para garantizar la libertad e integridad personales, contra los actos u omisiones que provengan de una autoridad de cualquier orden, incluso judicial, contra las amenazas a esa libertad y las perturbaciones o restricciones que respecto de ella establezcan indebidamente las autoridades, lo mismo que contra las restricciones ilegítimas del derecho de trasladarse de un lugar a otro de la República, y de libre permanencia, salida e ingreso de su territorio”.

Al respecto, la Sala Constitucional señaló:

este desarrollo legislativo del derecho que tiene toda persona para garantizar

su libertad e integridad personales, contenido en el artículo 48 constitucional, es reconocido, doctrinaria y jurisprudencialmente, como un remedio interdictal que se caracterice por su sumariedad y su provisionalidad. Por ello debe ser un procedimiento sencillo, informal, con las adecuadas garantías para las partes involucradas (normalmente la autoridad y el amparado)¹⁵.

En otras palabras, le corresponde a la Sala Constitucional, analizar las restricciones ilegítimas de la libertad personal y de circulación.

El instrumento procesal para defender el goce de estos derechos, es el recurso de hábeas corpus, el cual constituye un remedio interdictal que se caracteriza por su tramitación celer e informal.

Son numerosas las sentencias dictadas por la Sala Constitucional en esta materia, en las cuales ha sentado varios principios fundamentales, entre ellos:

- a) El deber de las autoridades jurisdiccionales y administrativas de motivar todas aquellas resoluciones, en donde se dicte un impedimento de entrada o salida del país¹⁶.
- b) La necesidad de interpretar en forma restrictiva, el término “siempre que se encuentre libre de responsabilidad” del artículo 22 constitucional”, únicamente en los supuestos del artículo 28 de la Constitución Política¹⁷.
- c) La posibilidad de los Órganos Jurisdiccionales de limitar la libertad de movimiento del deudor alimentario, si se encuentra moroso en el pago de su obligación¹⁸.

14 Constitución Política de la República de Costa Rica, artículo 48.

15 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia n.º 76-92 de las 16:30 hrs., del 5 de enero de 1992.

16 Sentencia n.º 158-95 de las 15:12 hrs., del 10 de enero de 1995.

17 Sentencia n.º 0888-97 de las 15:33 hrs., del 11 de febrero de 1997.

18 Sentencia n.º 2794-96 de las 12:00 hrs., del 7 de junio de 1996.

- d) La facultad de las autoridades públicas de brindar un trato diferenciado a los nacionales y extranjeros, en cuanto al ingreso y permanencia en el territorio costarricense¹⁹.
- e) La potestad de las autoridades migratorias de detener al extranjero ilegal y mantenerlo privado de libertad, durante el tiempo estrictamente necesario para determinar su procedencia²⁰.

Por otra parte, la Ley de Migración y Extranjería contiene numerosas restricciones a la libertad de movimiento y circulación a los nacionales y extranjeros, confiriéndoles un tratamiento diverso respecto de libertad de ingreso y libre permanencia en el territorio nacional, así como requisitos indispensables para abandonar legalmente el país.

En este sentido, una restricción razonable a la libertad de tránsito de los costarricenses, es lo dispuesto por los artículos 30 a 32 y 70 de la Ley N.º 8487, según los cuales, para ingresar y egresar del país, los nacionales deben presentar ante las autoridades de la Policía de Migración, un documento de identificación válido; otro deber es la obligación de entrar y salir del territorio costarricense únicamente por los puestos habilitados.

Además, en el caso de los ciudadanos extranjeros, la Ley de Migración y Extranjería es aún más represiva, en cuanto establece el deber de ingresar y permanecer legalmente en el país, bajo apercibimiento de decretar su deportación, así como el impedimento de entrada al país por el plazo de cinco años.

Al respecto, el artículo 179 de la Ley de Migración y Extranjería establece:

“Artículo 179. Entiéndase por deportación, el acto ordenado por la Dirección General para poner fuera del territorio nacional a la persona extranjera que se encuentre en cualquiera de las siguientes situaciones:

- a. Cuando haya ingresado clandestinamente al país o sin cumplir las normas que reglamentan su ingreso o permanencia.
- b. Cuando haya obtenido el ingreso al país o su permanencia en él, por medio de declaraciones o por la presentación de visas o documentos sobre los cuales existan indicios claros y precisos que hagan presumir su falsedad o alteración.
- c. Cuando permanezca en el país, una vez vencido el plazo autorizado.
- d. Cuando haya sido conminada a abandonar el país, y no lo haga en el plazo dispuesto por la Dirección General.”

Este tema ha sido analizado por la Sala Constitucional en reiteradas ocasiones, reconociendo la potestad de las autoridades migratorias de declarar ilegal el ingreso o permanencia de extranjeros, cuando no pudieran probar su situación migratoria legal en el país, así como ordenar la deportación de extranjeros, según las causales previstas en la ley aludida, sin que ello origine una violación de sus derechos fundamentales²¹.

De igual modo, la Dirección General de Migración y Extranjería, dispone el rechazo

19 Sentencia n.º 729-95 de las 12:30 hrs., del 3 de febrero de 1995.

20 Sentencia n.º 2004-06392, de las 16:48 hrs., del 8 de junio de 2004. Lo anterior, a pesar de que el artículo 37 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, dispone que nadie puede ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito, y sin mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público, excepto cuando se trate de un reo prófugo o delincuente in fraganti. Pero en todo caso, debe ser puesto a disposición de juez competente, dentro del término perentorio de veinticuatro horas, con lo cual la detención del extranjero ilegal por parte de las autoridades migratorias, no debería exceder dicho término, sin una autorización de un órgano jurisdiccional.

21 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia n.º 0349-95 de las 17:15 hrs., del 18 de enero de 1995.

de un ciudadano extranjero, si al momento de efectuar el control migratorio, niega su ingreso u ordena su inmediato traslado al país de embarque, de origen o a un tercer país que lo admita –artículo 57 de la Ley N.º 7033– lo que se puede realizar en los siguientes supuestos:

- No cumpla los requisitos de ingreso exigidos por la legislación vigente o presente algún impedimento para ingresar al país.
- Haya ingresado al territorio nacional, evadiendo el respectivo control migratorio o haya sido detectado dentro del territorio nacional, sin someterse al control migratorio en un área ubicada dentro de los cincuenta kilómetros adyacentes a la línea fronteriza.
- Sea sorprendido intentando evadir el control migratorio o ingresando por un lugar no habilitado para ese efecto.

Tampoco pueden ingresar al país, los extranjeros que se encuentren bajo las condiciones señaladas en el artículo 54, los cuales pueden ser rechazados, cuando pretendan acceder al territorio costarricense. Tales condiciones son:

- No reúnan los requisitos de ingreso señalados en la presente ley y su reglamento.
- Porten, padezcan o hayan sido expuestas a enfermedades infectocontagiosas o transmisibles que puedan significar un riesgo para la salud pública.
- Hayan sido condenadas, mediante sentencia penal firme en los últimos diez años, en Costa Rica o en el extranjero, cuando el hecho punible sea reconocido como tal por la ley penal costarricense, por delitos dolosos contra la vida, el genocidio, actos de terrorismo, tráfico de estupefacientes o sustancias sicotrópicas, tráfico o trata de personas, estafa,

asociación ilícita, portación ilegal y trasiego de armas o explosivos, delitos de abuso sexual de personas menores de edad, tráfico de patrimonio cultural, arqueológico o ecológico, evasión fiscal o delitos dolosos contra personas menores de edad, personas de la tercera edad, personas con discapacidad o por violencia doméstica.

- Sus antecedentes hagan presumir que podrían comprometer la seguridad pública, el orden público o el estado de derecho.
- Tengan impedimentos de ingreso ordenados por los Ministerios de Seguridad Pública o Gobernación y Policía o por la Dirección General, según los plazos estipulados al efecto en la presente Ley.
- Tengan restricciones de ingreso ordenadas por el Poder Ejecutivo.
- Las condenadas por tribunales internacionales.
- Quienes han estado vinculadas a bandas o pandillas delincuenciales o a grupos vinculados con el crimen organizado.

Asimismo, los artículos 58 y 220 vedan la posibilidad de promover un recurso administrativo o jurisdiccional contra la decisión tomada por la autoridad migratoria de ordenar el rechazo de un extranjero por encontrarse en alguna de las causas referidas. Es difícil sin duda defender la conformidad con el derecho de la Constitución de esta norma, aunque se reconozcan las potestades de la Dirección General de Migración y Extranjería en esta materia.

Por otra parte, es ilegal el ingreso o la permanencia del extranjero, cuando se constante que ingresó por un lugar no habilitado, sin haber realizado el control migratorio o cuando se mantiene en el país, sin haber observado las normas que regulan esta materia, de acuerdo con los requisitos

impuestos a las diversas categorías de residentes y no residentes²².

Finalmente, el artículo 27 de la Ley General de Migración y Extranjería, señala el deber de los ciudadanos extranjeros de comunicar a la Dirección General, todo cambio de domicilio o residencia, dentro de los ocho días siguientes a su traslado, así como de notificar el cambio aludido a la autoridad de policía administrativa del cantón o distrito donde residirá.

Ahora bien, en materia penal, el artículo 244 del Código Procesal Penal, le atribuye al juez la posibilidad de decretar otras medidas cautelares diversas a la prisión preventiva, mediante resolución motivada, relacionadas con la libertad ambulatoria y con los peligro de fuga, reiteración y obstaculización. Una de estas medidas es la prohibición del imputado de salir del país sin autorización, de la localidad donde reside o del ámbito territorial que fije el Tribunal.

Sobre el particular, en la sentencia n.º 2004-12321 de las 15:03 hrs., del 2 de noviembre de 2004, la Sala Constitucional señaló el deber de los jueces penales de fundamentar todas aquellas resoluciones, en donde se dicta esta medida cautelar, pudiendo sustentarla en el incumplimiento del encartado de su obligación de presentarse a firmar cada quince días en el órgano jurisdiccional correspondiente.

En el caso de los extranjeros ilegales, como es más frecuente el peligro de fuga, normalmente los órganos jurisdiccionales decretan la detención provisional o la prisión preventiva sin mayor fundamento, lo cual lógicamente constituye una severa vulneración de su

libertad personal y, también, de la libertad de circulación.

Asimismo, la Sala Constitucional, en la sentencia n.º 2004-9129 de las 14:31 hrs., del 24 de agosto de 2004, ordenó levantar las medidas de protección decretadas, a favor de tres niños ecuatorianos, así como el impedimento de salida del país. Dichos menores fueron encontrados por las autoridades costarricenses, cuando se desplazaban de manera ilegal, desde su país a los Estados Unidos de Norteamérica, para reunirse con sus progenitores. En dicha sentencia, también la Sala ordenó la repatriación inmediata de los niños a la República del Ecuador, en estricto apego al derecho protegido en el artículo 51 de la Constitución Política²³.

De igual modo en la sentencia n.º 2002-11937 de las 14:35 hrs., del 17 de diciembre de 2002, la Sala señaló la imposibilidad de las autoridades migratorias de ordenar la deportación y el impedimento de entrada al país, respecto de los ciudadanos extranjeros que tienen vínculos familiares con ciudadanos costarricenses o extranjeros que residen legalmente en el país. Dicho criterio también fue reiterado en la sentencia n.º 2004-06386 de las 16:42 horas, del 8 de junio de 2004, entre otras.

Finalmente, en relación con el derecho protegido en el artículo 32 de la Constitución Política, la Sala Constitucional en la sentencia n.º 2849-94 de las 14:36, del 14 de junio de 2004, señaló:

II. El artículo 32 de la Constitución Política establece que ningún costarricense podrá ser

22 Los artículos 72 y 76 de la Ley de Migración y Extranjería establecen:

"Artículo 72.- Será residente permanente, la persona extranjera a quien la Dirección General le otorgue autorización y permanencia por tiempo indefinido."

"Artículo 76.- Los residentes temporales únicamente podrán realizar las actividades remuneradas o lucrativas, por cuenta propia o en relación de dependencia, que la Dirección General les autorice, de conformidad con los estudios técnicos del Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social."

23 La Constitución Política de la República de Costa Rica, en su artículo 51, estipula: "Artículo 51.- La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido."

compelido a abandonar el territorio nacional, lo cual quiere decir que ningún costarricense puede abandonar el territorio nacional a menos que lo haga por su propia voluntad. La norma es absolutamente clara y terminante y para su aplicación no hace distinción alguna entre costarricenses por nacimiento y por naturalización, como ya lo fue reconocido al menos, en un antecedente, por la Corte Suprema de Justicia, la cual resolvió que:

“En su condición de costarricense naturalizado, el recurrente está protegido por el artículo 32 de la Constitución Política, el cual dispone, sin ninguna salvedad, que los costarricenses no pueden ser compelidos a abandonar el territorio nacional. De ahí que la orden de captura expedida contra el perjudicado dentro de las diligencias de extradición, resultó ilegítima y el recurso de Hábeas Corpus es procedente (Corte Int. s. 6-2-84, art. III)”.

Sin embargo, con motivo de la consulta preceptiva de constitucionalidad relacionada con el proyecto de ley de aprobación del “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, el Tribunal Constitucional cambió su criterio, con el voto salvado de los magistrados, Armijo Sancho y Castro Alpízar. En efecto, por medio de la sentencia n.º 2000-9685 de las 14:56 hrs., del 1º de noviembre de 2000, la Sala en un fallo criticable, admitió la posibilidad de extraditar a nacionales respecto de asuntos que se tramitan en la Corte Penal Internacional, con la siguiente argumentación:

XI. SIGUE. Interpretado a la luz de estas consideraciones, lo dispuesto en el artículo 89 del Estatuto no contraviene el artículo 32 de la Constitución. Expresado de otro modo, esto significa que el sentido correcto del artículo 32 es el de una garantía limitada, no absoluta; que sus alcances han de determinarse teniendo en cuenta lo que es razonable y

proporcionado a los fines a cuyo servicio esta garantía está; y que, en el espíritu de la Constitución, su reconocimiento es compatible con modalidades, medios o instrumentos todavía novedosos, cada vez más evolucionados y perfeccionados, de garantía de los derechos humanos. Al desarrollo de este nuevo orden internacional de protección de derechos no se opone la Constitución; por el contrario, lo propone (véase, por ejemplo, el artículo 48). Y si no se opone en general, tampoco lo hace ninguna de sus disposiciones en particular.

Estos son algunos criterios que ha sostenido el Tribunal Constitucional en esta materia, en donde ha reconocido la libertad de tránsito o el derecho a la libre circulación, como uno fundamental que solo puede ser limitado bajo circunstancias muy calificadas que la propia Constitución define y que son desarrolladas en las disposiciones legales relativas al tema.

El caso de España

Ahora bien, la Constitución española del 6 de diciembre de 1978, en su artículo 19, les reconoce a los españoles la libertad de circular libremente por el territorio nacional, así como para fijar el lugar de residencia. Es decir, se trata de la posibilidad de trasladarse de un lugar a otro, de una comunidad autónoma a otra o de fijar la residencia en una u otra con independencia del origen, sin ningún tipo de trabas²⁴. El disfrute de este derecho fundamental, está relacionado con el artículo 139 que estipula: Artículo 139:

1. Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado.
2. Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación

24 Elvira Perales, Ascensión. Sinopsis al artículo 19 de la Constitución española del 6 de diciembre de 1978, página de Internet: <http://www.congreso.es/constitucion/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=19&tipo=2>

y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español.

Aunque se ha discutido que las disposiciones de la Constitución española, únicamente les asignan la titularidad de este derecho fundamental, a los ciudadanos españoles, por vía del derecho de la Unión Europea (artículo 18 TCE), se ha extendido a todos los ciudadanos comunitarios y a sus familias, de conformidad con las directivas de desarrollo, sin que los Estados puedan restringir el derecho, más que por causa de orden, seguridad o de salud pública, cuya apreciación corresponde al Estado receptor, pero siempre con el control del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, quien ha propiciado una interpretación restringida de las mencionadas cláusulas²⁵.

Por su parte, El Tribunal Constitucional ha extendido el ámbito de aplicación de la libertad de circulación y de residencia a los extranjeros, aunque con mayores limitaciones. Así por ejemplo en la sentencia SSTC 94/1993, se indicó:

Así pues, los extranjeros que por disposición de una Ley o de un tratado, o por autorización concedida por una autoridad competente, tienen derecho a residir en España, gozan de la protección que brinda el art. 19 C.E., aún cuando no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles, sino en los que determinen las Leyes y tratados a los que se remite el art. 13.1 C.E.

4. Las medidas que repercuten sobre la libre circulación de las personas deben fundarse en una Ley, y aplicarla en forma razonada y razonable (STC 85/1989, fundamento jurídico 3). Cuando la medida consiste en la expulsión de un extranjero, siempre que éste se halle legalmente en

el territorio nacional, el art. 13 P.I.D.C.P. insiste en que se requiere «una decisión adoptada conforme a la Ley».

Por consiguiente, para ser respetuosa con la libertad de circulación que el art. 19 C.E. reconoce a los extranjeros que se hallan legalmente en nuestro territorio, la decisión de expulsión o extrañamiento debe fundarse en alguno de los supuestos previstos por la Ley de Extranjería, u otro texto legal de igual valor, para adoptar esa grave medida. Asimismo, la conformidad con la Ley de la medida de expulsión depende de si concurren realmente los hechos determinantes de la expulsión, que deben quedar acreditados en el procedimiento administrativo o, en caso de contencioso, ante el Tribunal que conozca de él; y también depende de que concurren razones que justifiquen que, en vez de imponer la multa que con carácter general prevé el art. 27 de la Ley de Extranjería, haya de imponerse la decisión de expulsión, indudablemente más gravosa²⁶.

De este modo, en el ordenamiento jurídico español, los ciudadanos extranjeros también son titulares del derecho consagrado en el artículo 19 de la Constitución española, aunque no en los mismos términos que en los ciudadanos españoles.

Al respecto, la doctrina ha sostenido que la sentencia 94/1993 del Tribunal Constitucional, afirmó el derecho de los extranjeros con residencia legal, a circular libremente por el territorio español. Así gozan de la protección conferida en el artículo 19 constitucional. En virtud de lo anterior, el acto en que se ordene la expulsión de un extranjero, únicamente se puede adoptar, mediante una resolución motivada en una causa legal, previa instauración de un procedimiento, en donde se respeten todas las garantías del derecho al proceso debido, ya

²⁵ Ídem.

²⁶ Sobre el particular, también se puede analizar la sentencia del Tribunal Constitucional Español n.º 242/1994, del 20 de julio.

que esta decisión es susceptible de control por la jurisdicción contenciosa administrativa²⁷.

Ahora bien, en el ámbito infraconstitucional, la libertad de circulación de los ciudadanos extranjeros, ha sido reconocida en el artículo 5º de la L.O. 4/2000, del 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros de su integración social, modificada por la L.O. 8/2000 del 22 de diciembre, y por la L.O. 14/2003, del 20 de noviembre. Esta norma estipula:

Artículo 5. Derecho a la libertad de circulación.

1. Los extranjeros que se hallen en España de acuerdo a lo establecido en el Título II de esta Ley, tendrán derecho a circular libremente por el territorio español y a elegir su residencia sin más limitaciones que las establecidas con carácter general por los tratados y las leyes, o las acordadas por la autoridad judicial, con carácter cautelar o en un proceso penal o de extradición en los que el extranjero tenga la condición de imputado, víctima o testigo, o como consecuencia de una sentencia firme.
2. No obstante, podrán establecerse medidas limitativas específicas cuando se acuerden en la declaración de estado de excepción o sitio en los términos previstos en la Constitución, y excepcionalmente por razones de seguridad pública, de forma individualizada, motivada y en proporción a las circunstancias que concurran en cada caso, por resolución del Ministerio del Interior, adoptada de acuerdo con las garantías jurídicas del procedimiento sancionador previsto en la Ley. Las medidas limitativas, cuya duración no excederá del tiempo imprescindible y proporcional a la persistencia de las circunstancias que justificaron la adopción de las mismas podrán consistir en la presentación periódica ante las autoridades competentes y en el alejamiento de fronteras o núcleo de población concretados singularmente.

Las personas extranjeras también son titulares de la libertad de circulación, al igual que los ciudadanos españoles, aunque con mayores limitaciones. Precisamente una de ellas es la posibilidad del Ministerio del Interior de imponer medidas limitativas, como el alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente.

En este sentido, el Ministerio del Interior puede ordenar la expulsión del territorio del extranjero —de acuerdo con el artículo 57 de la L.O. 4/2000— y que realice las conductas tipificadas como muy graves (ver artículo 54), o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53. Asimismo, se puede prohibir la entrada al territorio español a los extranjeros que hayan sido expulsados, mientras dure la prohibición de entrada, así como aquellos que la tengan prohibida por otra causa legalmente establecida o en virtud de convenios internacionales en los que sea parte España.

De igual forma, se les puede denegar el acceso al territorio español, a los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos para la entrada, mediante resolución fundada, en donde se indiquen los recursos que proceden contra esa decisión.

En lo que atañe a los nacionales, el segundo párrafo del artículo 19 de la Constitución española, reconoce el derecho de entrar y salir libremente de España, en los términos en que se establezca en la ley.

Esta libertad se encuentra limitada no solo por la posible exigencia de un documento de identificación o pasaporte, para abandonar del territorio nacional español, sino también las existencias establecidas por el país de destino.

Tampoco se puede soslayar que las autoridades jurisdiccionales, pueden dictar un impedimento de salida en un asunto determinado como medida cautelar.

²⁷ Murillo de la Cueva, Pablo Lucas. Notas sobre la posición de los extranjeros en el ordenamiento constitucional español. Inmigración y Derechos de los Extranjeros. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2005, p. 21.

Nótese que la libertad de circulación en el sistema español, precisamente por su condición de derecho fundamental (dado que está previsto en la Sección primera del Capítulo II de la Constitución española) es susceptible de tutela ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, en los términos en que está regulado en el artículo 53.2.

En efecto, el artículo 53.2 de la Constitución española del 6 de diciembre de 1978, le atribuye al Tribunal Constitucional la competencia para conocer de los amparos constitucionales, mediante los cuales se protegen las libertades y los derechos reconocidos en el artículo 14 y en la Sección Primera del Capítulo II de esa norma fundamental, más la objeción de conciencia consagrada en el artículo 30.

En este sentido, la doctrina española ha considerado que el recurso de amparo, tiene tres funciones capitales en ese ordenamiento: la primera, de instrumento de protección de los derechos y libertades señalados por la Constitución; la segunda, de un medio de control sobre la aplicación de los preceptos constitucionales por parte de los jueces y magistrados y, la última, para determinar mediante la interpretación, el alcance y el significado de las normas constitucionales²⁸.

Por lo anterior se ha entendido que el recurso de amparo en el ordenamiento español, tiene un carácter híbrido –el cual también se puede apreciar en el amparo costarricense– en cuanto tiene por fin, no solo la protección particular y subjetiva del derecho fundamental menoscabado, sino también la defensa objetiva de la Constitución²⁹.

Sin embargo, el amparo constitucional español también tiene grandes diferencias, en relación con el amparo costarricense, dado que el primero es un proceso de carácter extraordinario y subsidiario, el cual únicamente se puede promover, en términos generales, si se han agotado todos los recursos utilizables en la vía judicial y ordinaria³⁰. Por lo tanto, mediante dicho procedimiento, aunque no se trata de un recurso de revisión contra las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales³¹, normalmente se controla la actividad desplegada por los órganos del Poder Judicial en el ejercicio de sus atribuciones. Lo anterior no se produce en el caso costarricense, donde no existe un remedio específico para reparar las violaciones que se originen en este ámbito.

En todo caso, como se expuso con anterioridad, la libertad de circulación en el ordenamiento jurídico costarricense, más bien es protegida por el recurso de hábeas corpus que por el amparo, de acuerdo con los artículos 15 y 16 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

28 García Murillo J. Derecho Constitucional. Tercera Edición. Editorial Tirant to Blanch. Valencia, 1997, pp. 458-460.

29 González Trevijano Sánchez, Pedro José. El Tribunal Constitucional. Editorial Aranzandi, Sociedad Anónima, Navarra, España 2000, p. 121.

30 *Ibid.*, p. 122.

31 Dado que se limita a verificar la violación de un derecho fundamental. Al respecto, el Tribunal Constitucional en el auto 106/1980 del 26 de noviembre, denegó expresamente la naturaleza revisora del recurso de amparo respecto de la jurisdicción ordinaria, del siguiente modo: "dicho recurso no es una instancia de revisión del derecho aplicado por los Jueces y Tribunales y ni siquiera tiene la condición de casación [...] es un proceso procedimiento especial para el reconocimiento y restablecimiento de derechos fundamentales reconocidos y amparados en la Constitución, vulnerados incluso por actos judiciales, pero dejando en este caso bien a salvo el conocimiento de los hechos que dieron lugar al proceso y en cuya consideración no puede entrar el Tribunal Constitucional".

5. Conclusiones

Se puede afirmar que la Constitución Política de la República de Costa Rica y la Constitución española, reconocen la libertad de circulación tanto a sus nacionales como a los extranjeros.

Esta libertad supone la posibilidad de toda persona de desplazarse libremente por el territorio de estos países, y de salir e ingresar a estos.

En principio, aunque ambas disposiciones constitucionales únicamente atribuyen la titularidad de este derecho fundamental a sus nacionales, la Jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional Español, lo han extendido a los extranjeros, aunque con mayores limitaciones que a los primeros.

En general, las limitaciones existentes en materia de libertad de circulación, son más agresivas, cuando se trata de extranjeros. Pero el disfrute de este derecho fundamental, también ha sido desarrollado por el derecho

internacional de los derechos humanos y diversos organismos internacionales; entre ellos, el Comité de Derechos Civiles y Políticos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Finalmente, en el ámbito infraconstitucional, existen múltiples disposiciones legales en ambos ordenamientos que limitan el goce de esta libertad, sobre todo en el caso de los ciudadanos extranjeros, a quienes se les exige permanecer legalmente en ambos países, bajo el apercibimiento de ser expulsados, por su omisión de haber tomado las medidas necesarias para regularizar su situación migratoria.

Por último, se debe mencionar que tanto las disposiciones constitucionales en ambos ordenamientos relativas a la libertad de circulación, como el reconocimiento realizado por el derecho internacional de los derechos humanos, soslayan la situación de los extranjeros ilegales, en cuyo caso se discute si efectivamente son titulares de este derecho fundamental, lo cual no se puede calificar positivamente, si lo que se pretende es asegurar su observancia y su salvaguardia efectiva.

BIBLIOGRAFÍA

Asociación Costarricense Pro-Naciones Unidas. La Declaración Universal de Derechos Humanos (Comentarios y Texto). Editorial Juricentro. San José, Costa Rica 1979.

Burgoa, Ignacio. Las Garantías Individuales. Editorial Porrúa. México 2002.

Castro Morales, Silvia. Medidas Cautelares en Materia de Pensiones Alimentarias. Tesis de Grado para optar por el grado de Licenciada en Derecho. Universidad Panamericana, 1998.

Comentario General n.º 27 del 2 de noviembre de 1999. Comentarios Generales aprobados por el Comité de Derechos Humanos con arreglo al párrafo 4º del artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Libertad de Circulación. <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1400.pdf>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile. Septiembre de 1985.

Elvira Perales, Ascensión. Sinopsis al artículo 19 de la Constitución Española de 6 de diciembre de 1978. Página de Internet: <http://www.congreso.es/constitucion/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=19&tipo=2>

González Trevijano Sánchez, Pedro José. El Tribunal Constitucional. Editorial Aranzandi, Sociedad Anónima, Navarra, España 2000.

González Trevijano, Pedro José. Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España. Editorial Civitas, Madrid, 1991.

Hernández Valle, Rubén. Derecho Procesal Constitucional. Editorial Juriscentro.

Informes. La libertad de circulación en el Derecho Internacional. Octubre de 2005. Página de Internet: <http://hrw.org/spanish/informes/2005/cuba1005/4.htm>

Jiménez de Parga Maseda, Pablo. El derecho a la libre circulación de las personas en la Europa Comunitaria. Editorial Tecnos, Madrid, 1994.

Murillo de la Cueva, Pablo Lucas. Notas sobre la posición de los extranjeros en el ordenamiento constitucional español. Inmigración y Derechos de los Extranjeros. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2005, página 21.

Observación General n.º 15. La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (27º período de sesiones, 1986). En: Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por órganos de derechos humanos creados en virtud de los tratados. Naciones Unidas, 4 de septiembre de 1992.

Resolución 24/82 del 8 de marzo de 1982. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Resolución Ricardo Canese contra Paraguay. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Agosto de 2004. Página de Internet: <http://chile.exilio.free.fr/chap01a.htm>

Rey Martínez, Fernando. La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Universidad de Valladolid. Página de Internet:

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Sentencias n.º 1272-96 de las 12:21 hrs., del 15 de marzo de 2000; n.º 76-92 de las 16:30 hrs., del 15 de enero de 1992; n.º 158-95 de las 15:12 hrs., del 10 de enero de 1995; n.º 0888-97 de las 15:33 hrs., del 11 de febrero de 1997; n.º 0349-95 de las 17:15 hrs., del 18 de enero de 1995.

Tribunal Constitucional Español. Sentencias n.º 242/1994 del 20 de julio; y n.º 94/1993 del 22 de marzo de 1993.



NECESIDAD DE UNA PROFUNDA REFORMA PROCESAL LABORAL EN AMÉRICA LATINA¹

Adolfo Ciudad Reynaud²

La situación actual de la administración de justicia laboral, en la mayoría de países de América Latina, precisa de una profunda reflexión y análisis por todos aquellos que están vinculados al mundo laboral.

El desarrollo de la competitividad de las industrias y de los países, imprescindible para insertarse en la economía mundial globalizada, pasa necesariamente por el logro de buenas relaciones laborales en la empresa. Para ello, un presupuesto básico es el debido cumplimiento de la legislación por los actores sociales, donde una buena administración de justicia, cumple un papel invaluable en la organización de la vida social, económica y política.

En ese contexto, por la deficiente situación prevaleciente de la justicia laboral en América Latina, resulta conveniente plantear la necesidad de una reforma profunda de la administración de justicia laboral para la región.

En este sentido, nos referiremos a:

- 1) La importancia actual del derecho procesal del trabajo.
- 2) Las líneas directrices para una reforma del proceso laboral.
- 3) Precisiones sobre la oralidad y algunos principios procesales vinculados.
- 4) Las experiencias de aplicación de los procesos por audiencias (oralidad) en América Latina.
- 5) Los sistemas prejudiciales de solución de conflictos.
- 6) La importancia de la inspección del trabajo.

1. Importancia actual del derecho procesal del trabajo

Algunas de las prioridades de la OIT en la región, son el respeto y el cumplimiento efectivo de las normas sobre derechos laborales y, muy especialmente, sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo³. Así fue acordado en forma tripartita por sus constituyentes en la XVI Reunión Regional Americana, celebrada en Brasilia en mayo de 2006. Para el logro de tal objetivo,

1 El presente artículo se basa en un conferencia impartida en la VII Reunión de la Comisión de Asuntos Laborales, Previsión Social y Asuntos Jurídicos del Parlamento Latinoamericano, con ocasión de tratarse el tema III de la agenda: "Ley Marco Procesal Laboral para América Latina". La Habana, Cuba, 26 de abril de 2007. A dicha sesión asistieron parlamentarios integrantes de comisiones de trabajo en sus respectivos países: Antillas, Brasil, Cuba, Chile, México, Paraguay, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

2 Especialista principal en legislación laboral, administración del trabajo y diálogo social de la Oficina Subregional de la OIT para América Central, Haití, Panamá y República Dominicana. Las opiniones vertidas en el presente documento, son de naturaleza personal y no comprometen a la OIT. Este artículo fue elaborado con la asistencia de Andrea Sánchez Matos, alumna de último grado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima.

3 OIT, Trabajo decente en las Américas: una agenda hemisférica, 2006-2015. Informe del director general, Juan Somavía. XVI Reunión Regional Americana. Brasilia, Oficina Internacional del Trabajo, mayo de 2006 (el subrayado es nuestro).

de hacer respetar y cumplir efectivamente la legislación laboral, resulta necesario encarar la modernización y el fortalecimiento de los sistemas de administración del trabajo y administración de justicia.

En ese contexto, una reforma procesal laboral profunda para América Latina, constituye un tema de mucha importancia para los constituyentes de la OIT: gobiernos, organizaciones de empleadores y organizaciones de trabajadores. Es también de importancia para avanzar en el afianzamiento del trabajo decente, uno de los objetivos de la organización.

De nada sirve la mejor de las legislaciones laborales, si las administraciones de trabajo y de justicia, no están en capacidad de garantizar su aplicación y cumplimiento. A este respecto, conviene recordar que el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, señala que las instituciones procesales deben ser creadas, interpretadas y aplicadas con la óptica puesta en que su fin es la efectividad de los derechos sustantivos⁴. Las normas sobre estos derechos carecen de significación, si no existen normas adjetivas que garanticen su aplicación y vigencia. Esa es la gran importancia del derecho procesal del trabajo, tanto administrativo como judicial.

También resulta importante, desde el punto de vista de la reafirmación de la democracia y de la gobernabilidad de los países de América Latina, porque la democracia requiere de canales preestablecidos para la solución de controversias que hagan primar el Estado de derecho como garantía para una convivencia civilizada, pues no debe olvidarse que los derechos sociales son –precisamente– parte del Estado de derecho. Esa es la tarea de los legisladores, gobernantes, interlocutores

sociales y juristas de América Latina en los próximos años: contribuir a la construcción de un modelo democrático de relaciones de trabajo, donde trabajadores y empleadores tengan derechos claramente establecidos con estricta observancia de los derechos fundamentales en el trabajo, incluyendo eficientes y profesionalizados canales de procesamiento del conflicto, así como mecanismos institucionalizados de diálogo social que permitan que el sistema de relaciones de trabajo, se gobierne con base en el consenso y la cooperación. Uno de esos canales de procesamiento del conflicto es, entre otros, el Poder Judicial.

En el mismo sentido, DESHAZO y VARGAS han señalado, para el sistema de administración de justicia en general, que:

La reforma judicial se percibe desde hace mucho tiempo como una condición previa para la consolidación de la democracia y del desarrollo sustentable en Latinoamérica. La mayor parte de los países de la región inició la última década del siglo XX con instituciones judiciales débiles, ineficientes y políticamente vulnerables. Pocos fueron capaces de lograr un equilibrio adecuado con el poder ejecutivo, garantizar el respeto pleno de los derechos humanos y civiles básicos, promover un entorno conducente al desarrollo económico, especialmente para la inversión nacional e internacional, y proporcionar a sus ciudadanos los elementos esenciales de seguridad⁵.

Por otra parte, como esbozamos al inicio de este artículo, la tarea de construcción de un sistema democrático de relaciones de trabajo, se vuelve cada vez más urgente, si la ubicamos en el ámbito del incremento de la productividad indispensable para la inserción de los países

4 El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, fue aprobado en Río de Janeiro en 1988, durante las XI Jornadas promovidas por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en donde se incluyen los principios de oralidad, intermediación, concentración y abreviación, así como el de publicidad (el subrayado es nuestro).

5 DESHAZO, Meter y VARGAS, Juan Enrique. Evaluación de la reforma judicial en América Latina. Programa de las Américas del CSIS y el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, p. 1. En http://www.cejamerica.org/doc/documentos/JudicialReforminLatinAmericaSPANISH_final.pdf

en los mercados mundiales. La productividad de las empresas no puede mejorarse, sin buenas relaciones laborales y si los sistemas de administración del trabajo y administración de justicia, no contribuyen al cumplimiento de la legislación ni al mantenimiento de apropiadas relaciones entre empleadores y trabajadores. A este respecto, no debe dejarse de mencionar la importancia, para la prevención de los conflictos laborales, que se detecten los posibles incumplimientos de la legislación en los propios centros de trabajo en inspecciones de carácter ordinario realizadas de oficio; tema al que nos referiremos en la última parte de este artículo.

En esta misma línea, debe recordarse la celebración de diversos tratados de integración y de libre comercio con los Estados Unidos de Norteamérica en la región, en los que se han incluido cláusulas que subrayan la importancia que las partes conceden al debido proceso, a los sistemas de inspección del trabajo y a los de administración de justicia, en la medida que les otorgan seguridad jurídica a los operadores comerciales.

No obstante, a pesar de la importancia que tienen los sistemas de administración de justicia laboral, la situación de esta en la región, deja mucho que desear y, definitivamente, no está en condiciones de ayudar a tales objetivos. Como se ha señalado anteriormente para la administración de justicia en general, contamos "con instituciones judiciales débiles, ineficientes y políticamente vulnerables", lo que en general, es mayor aún para la justicia laboral.

2. Líneas matrices para una reforma procesal laboral

Debido a que esta es la situación prevaleciente en la región, podrían proponerse algunas líneas matrices para una reforma procesal laboral

profunda que busque modificar sustancialmente la administración de justicia laboral. Entre otras, podrían plantearse las siguientes:

- Aspectos de índole normativa que incluyan el cambio de concepción respecto del tipo de procedimiento, con el objeto de implementar la oralidad o los procesos por audiencias.
- Establecimiento de procesos especiales para la protección de los derechos fundamentales en el trabajo.
- Sistemas de solución de conflictos con carácter prejudicial.
- Reforzamiento de la jurisdicción especializada.
- Aspectos relativos a recursos humanos y materiales.
- Temas de organización, funcionamiento y gestión.
- Estrategia y apoyo político para implementar la reforma.
- Necesidad de la generación y disponibilidad de información y estadísticas.

2.1. Reforma normativa para pasar de procesos escritos a procesos por audiencias (orales)

En primer lugar, existe un primer problema de concepción sobre el tipo de procedimiento que debe utilizarse, el cual se refleja en la normativa procedimental. En síntesis, la mayoría de los países de América Latina, salvo excepciones⁶, tienen procedimientos fundamentalmente escritos, donde el juez sentencia sin conocer a las partes, sin tener contacto directo con ellas, sino con base en escritos reunidos en voluminosos expedientes, y donde los procesos son sustanciados por sus auxiliares o asistentes.

Los procedimientos son tan complejos y tortuosos que duran de cuatro a ocho años, con lo que la solución llega a destiempo y deja de ser un remedio para las partes. Además,

6 Nos referimos a Colombia, Chile, Ecuador, Venezuela y Uruguay, como se verá más adelante.

no se llevan a cabo procesos por audiencias, sino procesos escriturados en donde se acumulan centenares y miles de papeles en los expedientes que terminan por confundir al juez y a las propias partes, contribuyendo a su dilación. También el número de jueces es insuficiente para los casos que procesan, y no existen espacios físicos o salas de audiencias, en donde el juez pueda dirigir un debate directo entre las partes, el cual le permita llegar a la verdad material.

En lo que respecta a la administración de justicia, es de larga data el refrán que indica que “la justicia no solo debe ser justa sino oportuna”. Justicia a destiempo, justicia tardía, no es oportuna, ni es justicia. Sin embargo, en muchos países latinoamericanos, como los procedimientos judiciales en materia laboral, son eminentemente escritos y formales, los mismos se tornan lentos, caros e inconvenientes para empleadores y trabajadores. Esto dificulta una oportuna solución de los conflictos laborales a nivel jurisdiccional, con lo que amplios sectores de la ciudadanía, ven frustrada o perciben lejana la posibilidad de hacer respetar sus derechos laborales. Así la falta de una eficiente y oportuna intervención judicial en la solución de conflictos laborales, les ocasiona también problemas de inseguridad jurídica a las empresas, así como un clima inapropiado para las inversiones.

Un tema que ejemplifica algunos de los problemas antes señalados, es el de las acciones de naturaleza colectiva, por lo que en algunos países, se cuestiona el conocimiento de ese tipo de causas en el ámbito jurisdiccional, a pesar de que en el ejercicio del derecho de libertad sindical –uno de los cuatro principios y derechos fundamentales en el trabajo– las organizaciones sindicales cuentan con legitimación procesal suficiente para accionar,

en la medida que estas han sido constituidas con la finalidad de representar, defender y tutelar los derechos de los trabajadores, según se desprende del espíritu de los Convenios 87 y 98 de la OIT.

La falta de contacto de los jueces con las partes en las audiencias o en otras diligencias en las distintas etapas de los procesos, es otro factor en detrimento del equilibrio esperado para asegurar un tratamiento justo a los litigantes.

El contacto directo permitiría a los jueces y magistrados de trabajo tener un conocimiento de primera mano sobre las circunstancias reales del caso y las personas involucradas, en lugar de la realidad artificial que emana de las presentaciones escritas⁷.

Tal esfuerzo normativo implicaría que las legislaciones nacionales, adopten los principios en que se basa el proceso laboral moderno, tales como: oralidad, intermediación, concentración y celeridad, además de la gratuidad que, adecuadamente implementados, permitirían sustanciales avances en la reducción del tiempo de duración de los procesos, como se ha demostrado en diversos países y no solo en el ámbito laboral.

En realidad, el principio de oralidad es el más importante y causal de todos los demás, como indica DE LA VILLA al referirse a los llamados “principios” del proceso social español.

A este respecto, el referido autor ha indicado que “conviene alterar el orden de enunciación del art. 74 LPL, porque de todos los principios aludidos el de oralidad es el más genérico y causal de todos los demás”⁸.

En ese mismo sentido, se expresa la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, la cual precisa que:

7 SÁEZ, Felipe. La naturaleza de las reformas judiciales en América Latina: Algunas consideraciones estratégicas. Departamento de Asuntos Jurídicos Internacionales. Oficina de Cooperación Jurídica, OEA. En Reforma Judicial en América Latina: Una tarea inconclusa, p. 16. En <http://www.oas.org/Juridico/spanish/adjusti.htm>

8 DE LA VILLA GIL, Luis Enrique (director). Ley de Procedimiento Laboral. Comentada y con jurisprudencia. LA LEY, Grupo Wolters Kluwer, Madrid, junio 2006, p. 576.

Los principios invocados por el art. 74 LPL están relacionados entre sí, pues no se comprende la inmediación sin la oralidad y la concentración, de modo que no se puede romper la unidad del acto del juicio oral sin que se resientan los otros principios inspiradores del proceso: STSud. 24 Abr. 1995 (R° 3156/94)⁹.

Un aspecto de singular importancia en este sentido, es el relativo al impulso oficial del juez en los procesos por audiencias, que es complemento de los principios antes enunciados. Pero sobre todo se encuentra asociado al principio de oralidad.

Para tales juicios por audiencias, se requiere la participación activa del juez para dirigir el proceso y para conducir la audiencia. El juez es quien debe impulsar el proceso, desde el inicio hasta su conclusión y debe participar directa y personalmente en el debate, como en la tramitación y sustanciación del proceso.

En los procesos escritos, cuando el juez interviene en alguna diligencia, asume un papel eminentemente pasivo, contemplativo, con base en el prejuicio de “no adelantar opinión”. Por el contrario, en los procesos orales, el juez tiene que dejar de ser un convidado de piedra.

De igual forma, el principio de la realidad de los hechos o el de primacía de la realidad, resulta de mucha importancia para los procesos por audiencias. Como se sabe, este principio de tradicional aplicación en materia laboral, consiste en “la primacía de los hechos sobre las formas”, lo que implica que es más importante lo que ocurre en la práctica, que lo que las partes hayan pactado en forma más o menos solemne o expresa, o que aparezca de documentos, formularios o instrumentos de control¹⁰.

Este principio resultará de gran utilidad a través del debate entre las partes, dirigido por el juez en la audiencia, pues se tenderá a la búsqueda de la verdad material por encima de lo que las partes afirmen o intenten probar.

Un aspecto adicional muy importante es el relativo a la publicidad, pues a través de ella

se permite a la ciudadanía tener acceso al proceso junto con las partes, con el fin de que pueda hacerse su propio criterio, sobre el caso tratado, con lo que se busca la transparencia en el proceso. [...] Finalmente a través de la publicidad se puede realizar el control popular de administración de justicia, base de todo sistema democrático¹¹.

En efecto, como señala GREGORIO, en la medida que se persigue que la administración de justicia debe ser transparente, la publicidad de las actuaciones y de las decisiones es uno de los pilares del sistema y el conocimiento de los precedentes es lo que permite el respeto del principio de igualdad ante la justicia¹².

Finalmente, con ocasión del tema normativo, debería revisarse el tema de los recursos impugnatorios e instancias.

2.2. Establecimiento de procesos especiales

En segundo lugar, no pueden aplicarse las reglas del proceso ordinario a todos los casos, sino que deben establecerse reglas simples y de celeridad acentuada para los casos de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales, las cuales puedan implicar la suspensión del acto impugnado con el objeto de evitar lesiones de carácter

⁹ *Ibíd.*, p. 579.

¹⁰ OCHOA DE PATIÑO, Andrea. La oralidad en el proceso laboral venezolano. En Revista Jurídica: Venezuela: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2003, p. 8. En: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=79&Itemid=2

¹¹ OCHOA, *óp. cit.*, p. 7.

¹² GREGORIO, Carlos. Gestión judicial y reforma de la administración de justicia en América Latina. Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, D.C., mayo 1996, p. 12.

irreparable. Entre estos, pueden citarse temas de discriminación antisindical o de otro tipo, trabajo forzoso, trabajo infantil, impugnación de despidos individuales, despidos colectivos por causas económicas e impugnación de sanciones, entre otras. Este tipo de acciones, al requerir una acción inmediata del aparato jurisdiccional, deben tener una atención preferente y deben ser atendidas antes que otras, incluso de las que fueron ingresadas antes al despacho judicial.

2.3. Sistemas de solución de conflictos prejudiciales

En tercer lugar, debe prestarse atención al desarrollo de sistemas administrativos o alternativos de solución de conflictos de naturaleza prejudicial, con el objeto de que solo después de su agotamiento, pueda accederse a los tribunales de justicia. Esto permite evitar la excesiva judicialización de los conflictos laborales, a través de la conciliación, mediación y arbitraje voluntario, con el objeto de solucionar administrativamente conflictos que de otra forma, van a engrosar los recargados archivos de los juzgados laborales.

2.4. Reforzamiento de la jurisdicción especializada

En cuarto lugar, debe procurarse que la jurisdicción laboral continúe siendo especializada en todos sus niveles, en razón de su especialidad y por tener una serie de principios que constituyen la característica de la disciplina. En esa medida, deberían evitarse situaciones de falta de existencia de juzgados de trabajo en determinadas jurisdicciones, pues en tales casos, tienen que intervenir jueces civiles comunes o salas mixtas en segunda instancia, que no están compenetradas de los principios laborales que gobiernan la disciplina. De acuerdo con

las características nacionales propias de cada país, deberían ensayarse soluciones que atiendan este problema.

2.5. Recursos humanos y materiales necesarios

En quinto lugar, para ejecutar el proceso de reforma, deben analizarse detalladamente las necesidades de recursos humanos y materiales requeridos para procesar los juicios por audiencias, incluidos los relativos a infraestructura, equipamiento y personal, asegurándose que se hallen disponibles recursos financieros adecuados. No se trata solamente de un cambio normativo, sino uno de naturaleza integral que contemple también las necesidades de capacitación de jueces y magistrados y personal auxiliar, así como de abogados, alumnos de escuelas de derecho y organizaciones de empleadores y de trabajadores. No basta capacitar a los jueces, sino a toda la comunidad jurídico-laboral involucrada, incluyendo la sociedad civil afectada.

Un asunto que resulta relevante a este respecto, es la forma de designación o nombramiento de los jueces, así como su supervisión que por cierto no es un problema relativo solo a la jurisdicción laboral, sino que forma parte del problema del sistema judicial en su conjunto.

El criterio al respecto debe ser el de competencia de los candidatos y transparencia en los nombramientos. No obstante, la corrupción y falta de transparencia en la tramitación de las causas, continúan siendo problemas de preocupación constante. Por tanto, se hace necesario fortalecer la transparencia del sistema judicial laboral, para combatir la corrupción y fomentar la competencia y la apertura en el proceso de designación y selección de autoridades judiciales¹³.

13 Cfr. DESHAZO y VARGAS, óp. cit., p. 20.

2.6. Organización y funcionamiento

En sexto lugar, tal reforma debe ir aparejada de los ajustes necesarios en la organización y funcionamiento de las instituciones del sistema judicial. De esta manera, las reformas antes indicadas tienen que ir más allá de una modificación legislativa, y las transformaciones necesarias deben planificarse, atendiendo los problemas prácticos necesarios para su ejecución. Esto implica abordar temas de gestión y administración de los sistemas judiciales, incluyendo una nueva forma de captura de registro de las audiencias, mediante la utilización de audio videos digitales de disposición pública, en sustitución de las actas literales mecanografiadas por escribanos que simplifiquen, modernicen y agilicen el registro de la información de los procesos.

Asimismo, incluye el desarrollo de los sistemas informáticos de seguimiento de los procesos judiciales, de manera tal que pueda accederse a ellos en forma pública y desde un sitio web, con lo que se evita la necesidad de acudir a la sede de los juzgados para conocer el estado de los procesos.

2.7. Necesidad de apoyo político y estrategia de la reforma

En séptimo lugar, para impulsar con éxito una reforma de esta naturaleza, debe promoverse un acuerdo de base muy amplia, en el que participen todos los sectores que tengan interés en que se realicen mejoras específicas del sistema de justicia laboral, como son: el propio Poder Judicial, las organizaciones de empleadores, de trabajadores, colegios de abogados, facultades de derecho, consejos nacionales de trabajos o instituciones de diálogo social, entre otros.

Por estos motivos, se podría “asegurar que la agenda de reformas se mantenga intacta y que el proceso no se vea absorbido por la

comunidad jurídica ni por el poder judicial”¹⁴. Para estos efectos, resulta muy útil partir de la realización de un amplio diagnóstico del sistema judicial en materia laboral, con el objeto de identificar sus mayores debilidades y áreas más sensibles y urgentes, basándose en datos cuantitativos y cualitativos. Esto implica el desarrollo de estrategias de reforma de corto, mediano y largo plazo, dando prioridad a las reformas que resulten más urgentes. Así permitirá establecer objetivos concretos en cada etapa que puedan medirse en forma cuantificable, a través de evaluaciones periódicas.

2.8. Información y medición estadística

En octavo lugar, la mejora de la capacidad técnica para generar información precisa, oportuna y constante de todos los aspectos relativos al sector de la justicia laboral, resulta indispensable para poder planificar, fijar objetivos y analizar políticas. Todo esto se basa en la disponibilidad de la información. Por esta razón, una de las prioridades en la aplicación de la reforma procesal, es mejorar la recolección, el procesamiento y la disponibilidad de los datos estadísticos.

Por cierto, la información y los procesamientos estadísticos, deberían estar a disposición del público en general, para que estudiosos, universidades y entidades de investigación privadas, puedan sacar sus propias conclusiones.

3. *Precisiones sobre la oralidad y los demás principios procesales*

Como se indicó anteriormente, los principios inspiradores más importantes del proceso laboral moderno, son, en ese orden de importancia, los de oralidad, intermediación, concentración y celeridad, a los cuales se les puede añadir la gratuidad. A excepción

14 DESHAZO y VARGAS, óp. cit., p. 17.

de la oralidad, los demás principios son ya tradicionales dentro del derecho procesal del trabajo; pero plasmados conjuntamente con el principio de la oralidad, cobran una vigencia redoblada. La idea básica es construir un tipo de proceso que verdaderamente rinda el servicio de justicia que demandan los ciudadanos.

En otras palabras, con estos principios se ha pretendido garantizar la tutela judicial efectiva que la mayoría de constituciones, ha consagrado como derecho fundamental de los ciudadanos¹⁵.

El fin del proceso es obtener la restitución del derecho vulnerado, razón por la que el derecho procesal del trabajo no debe ser formalista, sino por el contrario, simple y sencillo. Asimismo, la oralidad es un principio estrechamente ligado a la sencillez, porque lo que se busca es facilitarles al trabajador y al empleador, la defensa de sus derechos¹⁶.

Estos principios están íntimamente relacionados entre sí, por lo que unos influyen en los otros y, a la vez, posibilitan su existencia. Por tanto, a continuación nos referiremos a ellos en forma separada, pero a su vez haremos alusión a los demás.

3.1. Principio de oralidad

Lo que se desea es que en el proceso laboral, prevalezca la forma oral antes que la escrita. Solo así el juez puede obtener una impresión más cercana de los hechos y del conflicto mismo. En el proceso escrito, las partes escriben sus versiones y, a través de esos escritos, llega el conflicto al conocimiento del magistrado. Por el contrario, en el proceso oral, los litigantes y terceros hablan directamente al juez y

este tiene la posibilidad de darse cuenta de las falsedades y sofismas y, de inmediato, puede exigir las aclaraciones y precisiones pertinentes. También el juez dispone de la facultad de interrogar a las partes y a sus abogados, respecto de sus fundamentos y posiciones, en relación con la materia controvertida.

Cuando se aplica la oralidad, los actos procesales se realizan de viva voz, normalmente en audiencia, y reduciendo las piezas escritas a lo estrictamente indispensable. De esta forma, CHIOVENDA¹⁷ sostiene que:

por oralidad no se entiende ni la simple discusión oral, [...] ni mucho menos, la exclusión de la escritura del proceso, como el nombre podría hacer creer a los inexpertos.

Además este autor plantea que todo proceso moderno es mixto, y aclara:

pero un proceso mixto se dirá oral o escrito según el puesto que el mismo conceda a la oralidad y a la escritura, y, sobre todo, según el modo en que en el mismo actúe la oralidad.

Y así VÉSCOVI¹⁸ refiere que no existe un régimen puro y que todos son “mixtos con diferente combinación de elementos escritos y orales”.

A este respecto, conviene tener presente, por ejemplo, que en el ordenamiento procesal español, la única pieza escrita durante la primera instancia es la demanda. Ni las excepciones ni la contestación a la demanda, son escritas, sino que se expresan oralmente en la audiencia de juicio oral, en donde se presentan y actúan las pruebas, luego el proceso queda expedito para ser sentenciado¹⁹.

15 Cfr. ALARCÓN CARACUEL. Manuel Ramón. La reforma del Procedimiento Laboral. Madrid, 1989, p. 19.

16 Cfr. de aquí en adelante, ROMERO MONTES, Francisco Javier. Derecho Procesal del Trabajo. Lima. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1998, pp. 41 y sigs.

17 CHIOVENDA, G. Ensayos de Derecho Procesal Civil. Traducción de S. Sentís, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1949, pp. 198-199 y 251.

18 VÉSCOVI, Enrique. Teoría General del Proceso. Bogotá, Editorial Temis. 1984, p. 59.

19 Ley de Procedimiento Laboral, aprobada por Real Decreto Legislativo 3/1995, del 7 de abril, por el que se aprobó el texto refundido de dicha Ley.

En todos los procesos y en los laborales en particular, es conveniente la oralidad del juicio, ya que así los jueces pueden obtener una impresión más viva del conflicto, sortear obstáculos con mayor facilidad y percibir con rapidez las falsedades. Así se eliminarían el papeleo y las dilaciones fatigosas de lecturas interminables que atentan contra la celeridad, como acertadamente señala RODRÍGUEZ²⁰.

Por otra parte, la oralidad permite el cumplimiento de los otros principios, como los de inmediación, concentración y celeridad. En la medida que prevalezca la oralidad en el proceso, los jueces tendrán menos oportunidad de evadir su obligación de dirigir personalmente, los diferentes actos y diligencias que les permitan una mejor y más rápida administración de justicia.

3.2. Principio de inmediación

A través del principio de inmediación, se busca que el magistrado que va a resolver el conflicto, dirija personalmente las diligencias más importantes del proceso. De esta forma, podrá conocer la realidad de los hechos y se percatará del comportamiento y sinceridad con que actúan las partes y terceros. No es lo mismo sentenciar una causa procesada por intermediarios, como son los secretarios o auxiliares de justicia, que hacerlo con base en su contacto directo con los actores del proceso.

Sobre el tema de la inmediación, el contenido del artículo 90 de la Ley de Procedimiento Laboral de España, es muy elocuente pues dispone que “si por causa justificada el magistrado que presidió el acto de juicio no pudiese dictar sentencia deberá celebrarse nuevamente”.

En cuanto al principio de inmediación, su objetivo es fomentar un acercamiento permanente entre las partes, y entre estas y el juez, a través de los actos procesales, buscando la solución del conflicto. Implica que el juez debe presidir todos los actos y practicar personalmente todas las pruebas.

Por tanto, el sentido del principio de inmediación, es lograr que el juez se involucre en todo el desarrollo del proceso, asistiendo a la presentación de las pruebas, manteniendo una relación directa con las partes, los testigos, los peritos y con los objetos del juicio, de modo tal que sea capaz de apreciar las declaraciones de tales personas y la condición de los lugares, y que su actuación esté basada en la impresión recibida de ellos y no con base en la relación ajena.

Al respecto OCHOA nos recuerda que con este principio:

se pretende la vinculación de las partes, el juez y las pruebas durante el proceso con el objeto de averiguar la verdad material. En la inmediación tenemos la participación directa del juez en el proceso, ya que solo cuando el proceso es vivido por el juez, puede éste considerar reacciones, los gestos de la partes, de los declarantes, para evidenciar la veracidad de sus expresiones²¹.

3.3. Principio de concentración

La finalidad del principio de concentración, es aproximar los actos procesales unos a otros, reuniendo o concentrando en breve espacio de tiempo, la realización de estos, como bien especifica COUTURE.

20 RODRÍGUEZ DÍAS, Isaías. El Nuevo Procedimiento Laboral. Caracas, Editorial Jurídica Alva, 1990.

21 OCHOA DE PATIÑO, Andrea. “La oralidad en el proceso laboral venezolano”. En Revista Jurídica: Venezuela: Universidad Católica del Táchira, 2003, pág. 6. En: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=79&Itemid=27

En el proceso laboral oral, la oralidad, conjuntamente con la inmediación y la concentración, deben contribuir para lograr la celeridad necesaria, y así la justicia laboral propiamente dicha.

También HERNÁNDEZ señala la importancia de simplificar los trámites para contribuir a la celeridad procesal, cuando indica que:

La simplificación de los trámites consiste en la supresión de todo acto o diligencia que no represente valores trascendentales en la tramitación de los procesos; se justifica en la decisión social y política de hacer justicia, pues la complicada sustanciación procesal reemplazada, terminaba en la injusticia para los contendientes, especialmente para los trabajadores²².

Además, puede agregarse que, a través del principio de concentración, se busca la sustentación del procedimiento en el menor tiempo posible, sin que este se vea afectado por dilaciones que alarguen innecesariamente la duración del proceso.

Se pretenden reunir los actos procesales de una manera tal que, en un breve lapso, se cumpla con la sustanciación del procedimiento, realizando la mayor cantidad de actos procesales en una misma audiencia, con el propósito de evitar retardos innecesarios.

3.4.Celeridad

Según señala OCHOA, la celeridad se encuentra representada por la "improrrogabilidad" de los lapsos, garantizándose así una justicia expedita, sin dilaciones indebidas." Así mismo indica que "con este principio se acelera la sustanciación del procedimiento, sin que ello menoscabe el derecho a la defensa y el debido proceso"²³.

Este principio se justifica en razón de la materia, en la medida que, en los procesos

laborales, se ventilan derechos fundamentales en el trabajo que son parte de los derechos fundamentales del hombre, así como se litiga sobre salarios que tienen carácter alimentario. Los derechos sociales tienen que aplicarse a través de procedimientos céleres, más rápidos que los que se utilizan para causas de naturaleza civil o comercial.

3.5.Gratuidad

A través de este principio, se enfatiza que el acceso a la justicia laboral, debe posibilitarse sin costo alguno para los litigantes. Esto implica que no se establezcan tasas, aranceles ni pago alguno para la presentación de escritos o para la realización de audiencias o actos procesales. La administración de justicia es uno de los derechos básicos de los ciudadanos, por lo que estos pueden hacer uso de la misma, sin tener que pagar por ella. Los impuestos directos e indirectos que se cobran a trabajadores y empleadores, deben poder financiar una apropiada administración de justicia.

La vigencia irrestricta de este principio impediría que se deniegue justicia, al rechazarse la presentación de un recurso de apelación o casación por el solo hecho de no acompañar la constancia de haber pagado la tasa judicial correspondiente. Cuando se establece este tipo de tasas o aranceles judiciales, es muy común que esto suceda, dejándose desamparado a titulares de derechos que se encuentran garantizados por la legislación.

Así, por omitirse el pago de una tasa establecida por una resolución administrativa, se dejan de aplicar derechos establecidos por disposiciones constitucionales y legales.

En aplicación de este principio, podría considerarse la creación de servicios de asistencia legal para trabajadores que no puedan financiar el costo de una defensa legal.

22 HERNÁNDEZ, Sabino. 140 Preguntas sobre el procedimiento oral laboral. Guayaquil. Editora Poligráfica C.A., 2005, p. 7.

23 OCHOA, óp.cit., p. 7.

Los procesos por audiencias son de mucha complejidad y exigen una agilidad y solvencia suficientes, para manejarse ante el juez en la sustentación de posiciones y en la actuación de pruebas. Si bien el juez debe intervenir en forma protagónica en las audiencias, esto no sustituye, sino por el contrario, exige la presencia del letrado.

Podría pensarse entonces en la creación de defensorías públicas de trabajadores que tengan como objetivo, prestar asistencia legal a trabajadores, y tal vez a micro empresarios, con carácter gratuito para su defensa ante los tribunales.

4. Experiencias de aplicación de los procesos por audiencias (oralidad) en América Latina

La reducción de los procesos, es el principal objetivo de la introducción de la oralidad en los procesos judiciales. Por tanto, la duración de estos es vista como un indicador de la eficiencia de los sistemas de administración de justicia, pues en algunos casos, “los retrasos se tornan inadmisibles y pueden llegar a impedir la obtención de una solución justa al conflicto”²⁴.

Sin embargo, la introducción de la oralidad ha dado muestras de reducir drásticamente la duración de los procesos, donde esta ha sido aplicada, y no solamente para los procesos laborales, sino en general para los procesos judiciales.

4.1. Uruguay

Por ejemplo, como se señala en un reciente estudio encargado por el Banco Interamericano de Desarrollo, en Uruguay se efectuó una reforma procesal, a partir de noviembre de 1989 con el cambio del proceso civil escrito

regulado por el “Código del Proceso Civil” y por el proceso por audiencias del “Código General del Proceso”. Tal estudio señala que:

Como resultado de la reforma se observó una importante reducción de los tiempos procesales. Un estudio muestra realizado por el Proyecto de Reforma Judicial permite establecer que la duración del proceso se ha reducido prácticamente a la mitad. Por otra parte, el éxito del sistema del proceso en audiencia, cuyas ventajas no parecen discutibles, depende de que exista una debida proporcionalidad entre el número de jueces y el número de casos. [Y a continuación añade que] La evaluación de la reforma procesal en el Uruguay no sólo indica una sensible reducción en los tiempos procesales, también señala haber alcanzado el objetivo fundamental de inmediación, concentración, publicidad, simplicidad (al limitar el número de tipos procesales al mínimo imprescindible)²⁵.

La exposición de motivos del referido Código General del Proceso, señala que:

el proceso oral es un concepto que es usado como expresión de una tendencia hacia la consagración de un proceso mixto, escrito y oral, por audiencias, permitiendo de esta manera, la inmediación, la concentración y la publicidad, entre otros de los principios que es unánimemente reclamada.

Por esto se señala que algunos autores prefieren denominar al proceso oral, como proceso de inmediación o procesos por audiencias.

4.2. Colombia

En Colombia, el proceso laboral está fundado en la oralidad, desde 1948 con la promulgación

24 GREGORIO, óp. cit., p. 4. (El subrayado es nuestro).

25 *Ibíd.*, p. 5, citando a VÉSCOVI, Enrique y RUECO, María del Carmen. Los primeros resultados de la reforma de la justicia en Uruguay: un balance a los dieciocho meses de entrada en vigencia del Código General del Proceso. Editorial Idea, Montevideo, 1991.

del Código Procesal del Trabajo (Decreto 2158), cuya estructura básica se mantiene vigente hasta la fecha, aunque se hayan introducido algunas reformas. Por otra parte, también desde 1948, la conciliación está establecida como obligatoria y como requisito para la procedibilidad de los procesos, al igual que los amplios poderes del juez para orientar el proceso y velar por su desarrollo ágil. Desde 1991, con la Ley 23, se trasladó la competencia de la conciliación a las autoridades administrativas de trabajo y a centros de conciliación debidamente autorizados, con el objeto de disminuir la congestión judicial²⁶.

En efecto, el artículo 42° del Código Procesal del Trabajo de Colombia, el cual trata los principios de oralidad y publicidad, señala que:

Las actuaciones judiciales en las instancias se efectuarán oralmente en audiencia pública, so pena de nulidad. Se exceptúan de estos principios las señaladas expresamente en la ley.

Con la finalidad de hacer efectivo el cumplimiento de la oralidad en los procesos laborales, se designó una “Comisión intersectorial para la efectividad del principio de oralidad” que tiene la finalidad de coordinar, orientar y recomendar las normas, medidas y herramientas necesarias para poner en práctica dicho principio²⁷.

En su legislación, el principio de oralidad es complementado con otros principios como los de publicidad, intermediación y concentración.

El papel del juez es administrar justicia públicamente investido de poderes para dirigir y presenciar efectivamente el proceso. Además, las partes y los terceros tienen una relación directa con el juez.

4.3. Venezuela²⁸

La oralidad es uno de los principios que orientó la reforma de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, efectuada (LOPT) en Venezuela en el año 2002, en aplicación del mandato constitucional de dictar una nueva ley procesal inspirada en los principios de oralidad, intermediación, concentración, celeridad, publicidad, gratuidad, equidad, primacía de la realidad de los hechos y rectoría del juez en el proceso.

El artículo 257° constitucional dispone que:

El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y sumario. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.

En virtud de este artículo, todas las leyes procesales, no solo las laborales, sino todos los procesos administrativos y judiciales, deben estar orientados por la oralidad, la brevedad, la uniformidad y la publicidad.

El proceso por audiencias, que comprende las audiencias preliminar y de juicio dentro del proceso, es la manifestación evidente de la oralidad en el nuevo procedimiento laboral en Venezuela. Así en la Exposición de Motivos de la Ley, se hace constar a la oralidad como principio básico que “rige y condiciona todas las actuaciones procedimentales”. La audiencia preliminar es en realidad, una conciliación previa en sede judicial, llevada a cabo por un juez distinto del que dirigirá el resto del proceso, incluida la audiencia de juicio. La audiencia preliminar es de concurrencia obligatoria y de carácter privado.

26 Cfr. VÁSQUEZ BOTERO, Fernando. Notas sobre el perfeccionamiento del proceso laboral. En Departamento de Asuntos Jurídicos Inta

27 Decreto Número 3240 de 2006. Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia.

28 Véase al respecto, AAVV. Derecho Procesal del Trabajo. Ivan Mirabal Rendón, coordinador. Pitágoras, Librería Jurídica Rincón, Barquisimeto, Venezuela, 2005.

Su fin esencial es la conciliación entre las partes. El legislador aspira que pueda conciliarse aproximadamente el 60% de las causas que ingresen²⁹.

La audiencia del juicio es el elemento central del proceso laboral y consiste en la realización oral del debate procesal entre las partes. La misma debe realizarse bajo la presidencia del juez y la participación obligatoria de las partes y sus apoderados. Las partes exponen oralmente sus alegatos. Y en esa misma audiencia, son evacuadas de forma oral, las pruebas de testigos y expertos.

Después de año y medio de vigencia en circunscripción judicial del Estado Táchira, se concilió el 87,9 % de los casos demandados ante los juzgados laborales, y solo un 12,1% fue enviado a la segunda fase de juicio, por lo que concluye que la reforma impulsada en este país, va de la mano con los medios alternativos de solución, y así se evitan el congestionamiento y la carga procesal³⁰.

4.4. Ecuador

En Ecuador se ha realizado una reforma procesal muy importante que tiene como eje central, la introducción de la oralidad en la jurisdicción laboral individual. Los conflictos de naturaleza colectiva, se sustancian en la vía administrativa a cargo del Ministerio de Trabajo y Empleo. Esta reforma, al igual que en Venezuela, es mandato imperativo del constituyente de 1998 que estableció la obligatoria implementación del sistema procesal oral en un plazo de 4 años, y que culminó en agosto de 2002.

En efecto, la Constitución de Ecuador consagra el principio de oralidad para todos

los procesos judiciales en su artículo 194, en los siguientes términos:

La sustanciación de los procesos que incluye la presentación y contradicción de las pruebas, se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios dispositivo, de concentración e intermediación.

En Ecuador el sistema oral en los procesos laborales, ha implicado una modernización trascendental de la administración de justicia laboral, destinada a garantizar la tutela judicial efectiva, mediante la combinación del proceso oral con el escrito, pero con claro predominio del oral que se materializa en las audiencias de juicio³¹.

La introducción de la oralidad en el proceso judicial laboral implica un cambio histórico, pues se ha pasado de expedientes escritos, en donde el juez no conocía a las partes, a un modelo alternativo en donde se fuerza al juez a conducir el proceso principalmente por audiencias presenciales. Esto implica que el juez debe conducir personalmente las diligencias y actos procesales, en donde la forma de expresión oral, es la característica sobresaliente³².

Asimismo, hay tres leyes que informan sobre el nuevo procedimiento individual de trabajo:

- a) Ley 2003-13: Ley Reformatoria al Código de Trabajo, mediante la cual se establece el procedimiento oral en los juicios laborales.
- b) Ley 2004-29: Ley Reformatoria a la Ley 2003-13 que establece el procedimiento oral en los juicios laborales.
- c) Ley 2004-43: Ley Reformatoria al Código de Trabajo.

Uno de los grandes impulsores de estas reformas ha sido Andrés Páez Benalcázar,

29 URDANETA, Guido. La oralidad y el proceso por audiencias en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Homes Urdaneta, Venezuela, p. 13. En: <http://www.homesurdaneta.com/cont-deint-publ/LA%20ORALIDAD%20Y%20EL%20PROCESO%20POR%20AUDIENCIAS.%20GUIDO%20E.%20URDANETA.pdf>

30 OCHOA DE PATIÑO, óp. cit., p. 19.

31 Cfr. HERNÁNDEZ, Sabino y ACOSTA, Diana. El Juicio Oral Laboral. Guayaquil. Editorial Poligráfica, 2004, p. 6.

32 Cfr. PÁEZ BENALCÁZAR, Andrés. El nuevo procedimiento oral en los juicios de trabajo. Quito, 2004.

presidente de la Comisión de lo Laboral y Social del Congreso de la República de Ecuador, quien ha indicado que antes de la reforma, existían 56,000 juicios laborales pendientes de sentencia. Mientras que a inicios de 2006, los juicios postergados se han reducido a una mínima cantidad que no pasa de una decena en cada juzgado. Señaló además que luego de la reforma, el 30% de los casos se resuelven en la primera instancia, en donde si hay aceptación parcial de lo reclamado, el demandado debe depositar el monto en 10 días, pues de lo contrario, si la sentencia ordena el pago, lo hará triplicando lo adeudado más intereses y multa.

Igualmente indicó que el proceso se lleva a cabo por audiencias, con fundamento oral de ambas partes y que el juez tiene amplia libertad para decidir sobre las pruebas que se actúan dentro del proceso, lo que hace que los jueces sean protagonistas con importantes facultades legales, en búsqueda de la verdad material y no solo formal. Precisó igualmente que los juicios orales por audiencia, son públicos; otorgan transparencia y reducen las posibilidades de corrupción. Finalmente indicó que los juicios laborales, duraban cuatro años o más, y que luego de la reforma, duran seis meses, a pesar de la existencia de tres instancias³³.

4.5. Chile

En Chile se han estado realizando grandes esfuerzos por modernizar y fortalecer la administración de justicia laboral. Por una parte, se ha duplicado el número de juzgados y tribunales del trabajo, y por otra, en enero de 2006, se aprobó la Ley 20087 que sustituyó el procedimiento laboral hasta entonces vigente, y se sustituyó por otro que tiene como base, el principio de la oralidad. En efecto, el artículo

425 reformado del Código del Trabajo, señala que “Los procedimientos del trabajo serán orales, públicos y concentrados [...] Todas las actuaciones procesales serán orales, salvo las excepciones expresamente contenidas en esta ley”.

En el mismo artículo, hace mención de los otros principios que complementan al principio de oralidad. “Primarán en ellos los principios de la inmediación, impulso procesal de oficio, celeridad, buena fe, bilateralidad de la audiencia y gratuidad”.

También se considera válido todo tipo de registros que se pueden hacer de las audiencias, lo que se considera parte del expediente. El mismo artículo antes citado, señala que:

Se considerarán válidos [sic], para estos efectos, la grabación en medios de reproducción fonográfica, audiovisual o electrónica. La audiencia deberá ser registrada íntegramente, como asimismo todas las resoluciones, incluyendo la sentencia que dicte el juez fuera de ella.

No obstante, la aplicación de estas reformas todavía no se ha podido materializar, pues se ha postergado por tercera vez su aplicación, al disponerse que comenzará a regir en el 2008, y generará una reacción de malestar por parte de los actores sociales, en especial las organizaciones de trabajadores que expresaron “su rechazo ante los anuncios oficiales de la postergación de la entrada en vigencia de la Nueva Justicia Laboral que debía implementarse a partir del 1 de marzo 2007”³⁴.

La falta de recursos necesarios para el éxito de la reforma y la necesidad de capacitación previa, habrían motivado este nuevo aplazamiento en el inicio de la reforma procesal.

33 Conferencia de Andrés Páez Benalcázar, pronunciada el 6 de abril de 2006, en el Conversatorio Internacional sobre “Introducción de la oralidad en los procesos laborales en los países andinos”, organizado por la Sociedad Peruana de Derechos del Trabajo y de la Seguridad Social, la Academia de la Magistratura, la Comisión de Trabajo del Congreso de la República del Perú y la OIT, Lima.

34 La Nación, 21 de diciembre de 2006. Pronunciamento hecho por la CUT.

5. Los sistemas prejudiciales de solución de conflictos

Para contribuir decisivamente a una profunda reforma procesal laboral en la región, no basta actuar solo en el ámbito judicial, sino también hay que acometer esfuerzos en el ámbito de la administración pública del trabajo. En esta sede, deben desarrollarse los sistemas prejudiciales de solución de conflictos laborales, y deben evitar que lleguen a la instancia judicial, lo que ha desarrollado toda una teoría acerca de la “evitación del proceso”. Otro aspecto de suma importancia, es la inspección del trabajo que también pertenece al ámbito de la administración del trabajo, a la que nos referiremos someramente en la parte final de este artículo.

En la medida que los conflictos laborales, en especial, los de naturaleza colectiva, pueden alterar la actividad productiva, así como la paz social, es muy importante que tales conflictos puedan procesarse por sistemas administrativos de solución de conflictos, ya sean estos de revisión o de aplicación de derecho.

El Estado no puede permanecer indiferente frente a estos conflictos, y además, es una forma de fomentar la negociación colectiva, conforme lo precisan los Convenios 98 sobre sindicación y negociación colectiva, y el 154 sobre negociación colectiva de la OIT. Frente a un conflicto, no se puede prohibirlo o reprimirlo, sino que se debe procesar, a través de mecanismos profesionalizados de conciliación, mediación o arbitraje voluntario, con respeto de la libertad sindical y del derecho de negociación colectiva.

Por esto resulta muy importante que las legislaciones nacionales, establezcan adecuadas facultades y atribuciones específicas, a favor

de los Ministerios de Trabajo o de organismos tripartitos para gestionar, procesar y solucionar tales conflictos, en bien de trabajadores, empleadores y de la sociedad en general. Estos sistemas de solución de conflictos, también deberían atender conflictos de naturaleza individual, con vínculo laboral vigente o fenecido.

La evolución del derecho del trabajo en América Latina, muestra que los interlocutores sociales siempre han admitido la presencia de un tercero independiente que les ayude a la solución de un litigio. Por esta razón, en la mayoría de leyes procesales, se ha incorporado la conciliación como estación procesal dentro de los juicios laborales.

En varios países, existen organismos administrativos con facultades para intervenir en las controversias individuales o colectivas, y en algunos casos, esta intervención es de naturaleza obligatoria, antes de que las partes puedan accionar judicialmente. En Canadá, por ejemplo, existe una especie de tribunal administrativo de carácter tripartito con capacidad para resolver controversias laborales. En Brasil, la legislación confiere esa competencia a las comisiones de conciliación previa que incluso pueden funcionar en el sindicato de categoría o a nivel de cada empresa, y son integradas en forma paritaria por representantes empresariales y sindicales, por lo que los acuerdos obtienen naturaleza jurídica de cosa juzgada. Además, en Costa Rica funciona el Centro de Resolución Alternativa de Conflictos Laborales, un organismo del Ministerio de Trabajo, donde los funcionarios buscan la solución del conflicto, a través de la conciliación. Tanto en Brasil como en Costa Rica, tales órganos son de naturaleza voluntaria³⁵.

Los casos de México y Panamá constituyen una excepción a la regla general de que las cuestiones vinculadas a conflictos de tipo económico en general, deban ser atributo de

35 Cfr. OIT, “Justicia laboral y medios alternativos de solución de conflictos colectivos e individuales del trabajo”. OIT. Elaborado por Jorge Sappia, Santiago de Chile, 2000.

la autoridad administrativa, a través de los sistemas de conciliación y arbitraje. En estos dos países, funcionan juntas de conciliación que tienen origen administrativo, pero cuyas decisiones tienen efectos jurisdiccionales, cuando conocen y resuelven todo tipo de contiendas y solo admiten la intervención judicial en la segunda instancia “*por ante el más alto tribunal de justicia a los fines de controlar la observancia constitucionales [sic]*”³⁶.

Las juntas actúan en instancia única; su integración es tripartita y tienen competencia material, en razón de las distintas actividades laborales del país.

Brasil, por su parte, exhibe uno de los quizá más atípicos modelos jurisdiccionales de la región, ya que por disposición constitucional, sus tribunales tienen capacidad funcional para intervenir en todos los conflictos de tipo laboral, indicando expresamente que esa competencia incluye, tanto a los individuales como a los colectivos.

Asimismo, diversos estudios han indicado que la gran mayoría de problemas de personas con conflictos de justicia, han tenido que ver con la falta de conocimientos, por lo que pueden resolverse en instancias que no sean jurisdiccionales. Es decir, pueden resolverse en instancias prejudiciales, administrativas o de servicios dependientes de la justicia, pero que no ejercen una acción jurisdiccional³⁷.

También conviene contribuir en la creación de instituciones de muy diversa naturaleza que, sin ser jurisdiccionales, puedan coadyuvar a la función jurisdiccional. A este respecto, COX nos señala que:

Lo jurídico y la justicia es [sic] más que lo restrictivamente jurisdiccional. A nivel de

actores se ha podido constatar que como “colaboradores de justicia” pueden operar otras personas, aparte de los abogados y los jueces. En realidad, el acceso a la justicia es más que el acceso a los tribunales, es también, aunque no exclusivamente, una cuestión de inmediatez, un problema de territorialidad. Allí donde la gente vive su vida o trata de vivir su vida y tiene sus problemas socio-jurídicos, es donde la inmediatez de servicios y el acceso deberían asegurarse.

Y a continuación añade:

Lo jurídico es un problema de equidad, de conocimiento y de acceso a los derechos; es una cuestión de poder ejercer las libertades y los derechos que están consagrados en las leyes y, por tanto, es algo que interesa directamente a las personas que construyen los procesos democráticos. Lo jurídico, en esta concepción, es un asunto de interés público, de interés común y tiene que ver con la superación de la pobreza, una de las mayores lacras de nuestra sociedad. Lo jurídico tiene que ver, además, con el respeto, la autoestima, la capacidad de cada persona de ser ciudadano, de vivir y de incorporarse a un proyecto, que es el proyecto País³⁸.

6. La importancia de la inspección del trabajo

La mejora y el fortalecimiento de los sistemas de inspección del trabajo, tienen una gran importancia para la prevención y solución de los conflictos de trabajo, puesto que permiten informar, orientar y asesorar a empleadores y trabajadores para actuar con observancia de las normas legales que regulan las relaciones

³⁶ Cfr. ibíd.

³⁷ Cfr. COX, Sebastián. Asistencia legal popular: la experiencia de Forja en Chile. Departamento de Asuntos Jurídicos Internacionales. Oficina de Cooperación Jurídica, OEA. En Reforma Judicial en América Latina: Una tarea inconclusa, p. 2. En <http://www.oas.org/Juridico/spanish/adjusti.htm>

³⁸ COX, óp. cit., p. 5.

de trabajo. Además, permiten elevar el grado de cumplimiento de la legislación laboral, a través de la vigilancia y sanción de conductas infractoras, dentro del marco del respeto de las garantías de legalidad y del debido proceso.

Un sistema de inspección del trabajo adecuadamente organizado y dotado de las facultades y atribuciones suficientes, así como de los recursos humanos y materiales necesarios, contribuirá a la disminución de los conflictos laborales al ser detectados en los centros de trabajo mismos, antes de que exista reclamación alguna, con lo que se soluciona el conflicto antes de que este se haya materializado.

Por tanto, un eficiente sistema de inspección evita conflictos jurídicos que, al no corregirse tempranamente por la acción de la administración del trabajo, en el futuro serán

planteados ante la administración de justicia. Las normas internacionales de la OIT, en especial el Convenio sobre la Inspección del Trabajo, 1947 (n.º 81), el Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969, y el Protocolo de 1995 relativo al Convenio sobre la Inspección del Trabajo de 1947, así como las Recomendaciones n.º 81, 82 y 133, establecen los criterios generales que deberían observar los sistemas de inspección del trabajo, en lo que respecta a competencia, funciones, estructura, personal, recursos materiales, métodos generales de inspección y trámite y sanción de las infracciones de la legislación laboral.

La observancia de tales criterios permitiría contar con eficientes sistemas de inspección del trabajo que contribuyan a la disminución de los conflictos laborales en su etapa de gestación misma, antes de que las propias partes sociales hayan advertido su existencia.

La Habana, 25 de abril de 2007.



DERECHO HUMANO DE ACCESO A LA JUSTICIA: El papel del Estado como titular de su administración y el caso de grupos minoritarios vulnerabilizados

María José Yglesias Ramos

El acceso a la justicia es un derecho humano fundamental, plenamente reconocido como de primer orden en el Estado social de derecho. Sería inútil consagrar otros derechos, obligaciones y garantías a las personas, si al momento de ver vulnerado este orden, no se cuenta con un sistema que garantice poder accionar el aparato estatal en defensa de los mismos.

Por tanto, es imprescindible que al lado de cualquier investigación o estudio de los postulados que sobre dicho derecho se establecen en la doctrina de los derechos humanos, en convenios internacionales y derecho interno, en la jurisprudencia...se analice la realidad práctica procesal, en donde se comprueban la eficacia, la accesibilidad real y el grado de flexibilidad y adecuación de los institutos procedimentales, para garantizar dicho acceso, cuando los receptores directos del sistema de administración de justicia, son grupos minoritarios vulnerabilizados.

La justicia como derecho humano fundamental

En primera instancia, resulta importante definir, para efectos de este artículo, qué se

comprenderá por justicia o acceso a la justicia, como derecho humano fundamental. Si bien jurídicamente existen múltiples conceptos relacionados directamente con este, tales como: el derecho a una sentencia justa, el derecho de acción, de petición, entre otros, consideramos que el más afortunado y preciso para el tema por tratar, es el que el Dr. Óscar González Camacho ha denominado "derecho a una tutela judicial efectiva", el cual es un derecho a la jurisdicción abstracta "[...]es decir, un derecho a obtener una sentencia sobre el fondo, sin más, con independencia de su resultado favorable o desfavorable [...]".¹

Partimos de la definición de que este consiste en un servicio público prestado por el Estado, y cuyo contenido específico está constituido por un derecho o garantía a las personas, de que ante cualquier agresión o lesión que sufran a sus derechos o legítimos intereses, podrán acudir a los tribunales respectivos, en donde gozarán de todas las garantías procesales para dilucidar el conflicto, a través de un debido proceso.

El mismo consiste entonces en un derecho subjetivo público, orden que contiene los derechos de libertad, cívicos y políticos. Sobre los segundos, que son los que nos interesan, se afirma que:

¹ González Camacho, Óscar Eduardo. La Justicia Administrativa. Tomo I. Control Judicial Pleno de la Administración Pública. Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 200, p. 93.

[...] son los derechos reconocidos al individuo en cuánto miembro de la colectividad organizada, y tienen como contenido una pretensión suya al disfrute de aquellos bienes (cosas y servicios) que el Estado ha decidido poner a disposición de sus miembros. Se trata, en suma, de los derechos a obtener del Estado determinadas prestaciones.

Dentro de esta categoría se incluye el derecho de petición; el derecho a la jurisdicción; el derecho de uso de los bienes demaniales; el derecho de acceso a los servicios públicos; [...] y, en general, a todos los servicios públicos que presta el Estado [...].²

Justamente por la alta importancia que tiene esta categoría de derechos en nuestro ordenamiento, el derecho a la justicia, o lo que aquí hemos denominado “derecho a la tutela judicial efectiva”, se encuentra consagrado no solo en nuestra Constitución Política (artículo 41), sino en múltiples normas de derecho internacional, las cuales configuran no solo este derecho en particular, sino otras figuras relacionadas, como los indicados derechos de acción, de petición, al debido proceso, a la protección judicial...

Asimismo, de vital importancia para nuestro estudio, son las disposiciones legales que cada norma especial para un grupo poblacional específico, establece respecto del acceso en general a los servicios públicos, desde luego aplicables a la administración de justicia. Así tenemos que por ejemplo en la Ley 7600 que, en relación con los artículos 4, 50, 59 y 60, se deriva una obligación positiva a la administración de justicia, de tomar todas las medidas pertinentes para garantizar su accesibilidad a las personas con discapacidad.

Lo mismo nos encontramos en la Ley Integral para la Persona Adulta Mayor, que establece, entre otras medidas, la atención preferencial en los servicios públicos (artículo 13).

Ahora bien, como se indicó inicialmente, es insuficiente con determinar la naturaleza jurídica de la tutela judicial efectiva, como derecho subjetivo público y servicio público, y precisar su consagración normativa, si no se realiza un análisis práctico de la realidad jurídica procesal en nuestro sistema judicial.

Realidad judicial en Costa Rica

Una fuente relevante de datos que arroja importantes resultados sobre el caso, es la “Auditoría ciudadana sobre la calidad de la democracia en Costa Rica”. Es una iniciativa del Proyecto Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible, que se realizó entre junio de 1998 y junio de 2000, gracias al financiamiento del Gobierno de Suecia y del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), con el fin de fortalecer las prácticas democráticas en Costa Rica.

Dentro del proyecto, se desarrolló un capítulo dedicado exclusivamente a la administración de justicia, denominado “Calidad democrática de la administración de justicia”.

En la introducción a este capítulo, en armonía con lo que se ha venido exponiendo aquí, se afirma cómo:

[...]El sistema de administración de justicia es clave en una democracia moderna. Sin él, las premisas básicas de ésta carecerían de toda realidad. No habría medios para exigir el cumplimiento del postulado de que las y los ciudadanos gozan de iguales derechos, pues la igualdad ante la ley no podría llevarse a la práctica. [...]

En ninguna sociedad democrática, aún las más avanzadas, existe una plena eficacia del sistema de administración de justicia para proteger las libertades y derechos civiles y

² Hernández Valle, Rubén. El Derecho de la Constitución. Volumen I. Editorial Juricentro. San José, 1993, pp. 320- 322.

políticos y asegurar la subordinación del poder político al imperio de la ley. Esta aspiración es un “horizonte en movimiento” (O’Donnell, 1997). No en todas las democracias, este sistema tiene la misma capacidad para cumplir con estas funciones y, en América Latina, la poca capacidad del sistema de administración de justicia, es un serio problema (O’Donnell, 1997; Becker, 1999; O’Donnell, 1999; O’Donnell, 2000). *Precisamente por ello, es importante explorar el grado en que el sistema de administración de justicia, contribuye, en la realidad, con el funcionamiento de la democracia [...]*³.

Precisamente este valor “democrático” se estudia aquí. Antes de ver el caso de grupos minoritarios y sus necesidades particulares, se debe tener clara esta función democratizadora del sistema de administración de justicia que aplica para todos los miembros de la sociedad.

Solo mediante la ausencia de factores de discriminación, podemos alcanzar el ideal “democratizador” del sistema judicial. En términos generales, entendemos por discriminación “[...] cualquier forma que impida la existencia de igualdad entre los seres humanos [...]”⁴. La discriminación se puede dar de manera activa o pasiva. Se discrimina activamente, cuando de forma abierta y directa, se limitan las posibilidades de una persona, debido a sus características particulares. Se discrimina de manera pasiva, cuando en el discurso, se habla de que todos los seres humanos tienen acceso a determinado elemento de la vida (como los servicios públicos, entre ellos la justicia), pero en realidad no se dan las adaptaciones para que en efecto, todos puedan participar de los mismos, de acuerdo con sus características particulares.

A partir de la necesidad de erradicar la discriminación, especialmente en contra de las minorías, surge el intento jurídico de establecer una dinámica de igualdad dentro del marco social. No obstante, la afirmación de una igualdad universal puede contener en sí misma carácter discriminatorio. En este sentido, se ha planteado que “[...] *la discriminación se manifiesta cuando se trata diferente lo que es igual y cuando se trata igual lo que es diferente*”⁵.

Así surge un aspecto más depurado de la igualdad que es la igualdad de oportunidades, y es el que debe ser incorporado como pilar de la administración de justicia. El principio de igualdad de oportunidades, “*exige la superación de la igualdad formal, que es la dominante en el campo jurídico*”⁶.

Los aspectos en que el estudio del Estado de La Nación, enfatizó como ejes o medidores de dicha “calidad democrática”, fueron introducidos así:

[...] En una democracia de alta calidad se esperaría que el sistema de administración de la justicia tuviese plena independencia política y administrativa frente a los otros poderes del Estado. Sus máximas autoridades serían seleccionadas mediante procesos abiertos al escrutinio público cuyas condiciones no comprometerían su independencia de criterio. Estos procesos permitirían, además, escoger a personas con amplia experiencia, capacidad profesional y solvencia moral. El resto de las y los funcionarios judiciales serían seleccionados mediante reglas técnicas, abiertas también al escrutinio público. Los jueces gozarían de plena independencia para impartir justicia y no experimentarían presiones indebidas por parte de funcionarios públicos de

3 Proyecto Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible. Auditoría ciudadana sobre la calidad de la democracia en Costa Rica. San José, 2000, p. 43.

4 González, Lorena (compiladora). Discapacidad y Derechos Humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, 1992, p. 45.

5 Lépiz, Otto y Jiménez, Rodrigo. Una oportunidad para la igualdad. ILANUD-Defensoría de los Habitantes-PNUD. San José, 2000, p. 19.

6 *Ibid.*, p. 30.

otros poderes del Estado y de sus superiores jurisdiccionales.

Las personas tendrían un libre, fácil y expedito acceso al sistema de justicia, con el fin de defender sus derechos. Ello significa que existiría una distribución territorial de las instituciones encargadas de la administración de la justicia que permitiría a las personas presentar y tramitar sus asuntos en cualquier parte del país, y que los costos legales no constituirían un impedimento.

Un sistema de defensores públicos competentes daría servicio a quienes no pudieran costear un abogado. El sistema de administración de justicia protegería eficaz y equitativamente los derechos de la población y, en especial, protegería y defendería los derechos de las minorías y grupos vulnerables.

No habría discriminaciones sistemáticas por género, raza, discapacidad, procedencia, credo religioso, opinión política o identidad de los litigantes involucrados. El sistema de administración de justicia sería una herramienta eficaz para el ejercicio del control ciudadano sobre los asuntos públicos. Reforzaría el escrutinio público sobre estos asuntos para mantener la lucha contra la corrupción en la esfera pública, mediante legislación que tipificara, detectara y sancionara los delitos de cuello blanco, paralelamente al desarrollo o fortalecimiento de las entidades de control, y una efectiva aplicación de las leyes existentes a representantes políticos y funcionarios que violaran el ordenamiento jurídico [...].⁷

Si bien dentro de los resultados encontrados por dicho estudio, se llegó a conclusiones, tales como: que no existen obstáculos formales, legales, fiscales, etc. para acceder al mismo sistema judicial, es decir, que en principio existen bastante libertad y posibilidades reales de que un individuo independientemente de sus condiciones personales, interponga

una demanda judicial. En realidad, llama poderosamente la atención de que en el estudio a nivel técnico, se concluya lo anterior, cuando en la encuesta nacional utilizada de base para el mismo (al igual que otras que se utilizan de referencia), encontramos como resultado que un 68.4 % de los encuestados considera que lo “engorroso” de los trámites, se convierte en una barrera de acceso al sistema judicial y otros resultados de esta índole⁸.

Por otra parte, en el estudio de otros factores, sí se determina que existe un incumplimiento general del Poder Judicial, en cuanto al postulado de que “La ciudadanía tiene libre acceso a medios jurídicamente establecidos, eficaces y no discriminatorios, para la protección de sus derechos civiles y políticos”, ya que cuando se estudian las estadísticas de duración promedio de los procesos judiciales, se determina que existe un alto índice de mora judicial.

Otro aspecto estudiado por dicho informe, es el presupuesto de si “El Estado protege equitativa y eficazmente los derechos de las mujeres y de los grupos étnicos”, el cual tiene particular relevancia en una investigación como la presente, sobre el caso de los grupos minoritarios. En este extremo, la auditoría concluyó que no existen obstáculos formales para que ningún grupo minoritario, acceda a la justicia, y que por el contrario, en los últimos años se ha promulgado gran cantidad de instrumentos para afirmar los derechos de estas poblaciones. Sin embargo, nuestra percepción de dichas afirmaciones, es que en realidad no se hace ninguna referencia a estas garantías y derechos en el ámbito judicial en particular. Más bien se hace un balance general de la cantidad de legislación y decretos ejecutivos sobre la temática. De esta manera, sentimos que falta profundidad en el análisis, puesto que si nos limitamos a un análisis jurídico positivista y formal, desde luego no hallaremos evidencias de discriminación, obstáculos o falta de acceso de manera directa.

⁷ Proyecto Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible. Óp. cit., p. 44

⁸ *Ibid.*, pp., 57 a 59.

En general, de todo el estudio realizado en la Auditoría Ciudadana, cabe resaltar que es de suma valía e interés para este tema y cualquier otro estudio relativo al funcionamiento de nuestro Estado social y democrático de derecho, en especial con respecto a democracia, ciudadanía y derechos humanos. Por tanto, se obtienen importantes conclusiones, y puede resultar una práctica guía para los distintos órganos del Estado analizados en el mismo.

Muchos hallazgos del estudio son positivos y alentadores para los estudiosos y operadores de esta área del derecho. Sin embargo, esto parece obedecer en ciertas ocasiones, a que el fundamento de la conclusión es casi exclusivamente de carácter formal y/o legal. Nos referimos a esto, cuando por ejemplo se confunde el hecho de que no existan obstáculos formales para que ningún grupo particular de ciudadanos, acceda a la justicia con el hecho de que existan o no obstáculos reales para ello. Así por ejemplo, en algún punto se toma como base, el hecho de que legal o positivamente no los hay; pero se obvia el hecho de que según los resultados de las encuestas a los usuarios, el más alto porcentaje identifica lo engorroso del sistema, como una barrera (que para efectos de estudio, podríamos denominar burocrática).

Por lo anterior, resulta fundamental hacer un análisis práctico, y con casos y sujetos concretos, de la accesibilidad real del sistema de administración de justicia.

Ahora bien, antes de exponer el mismo, se debe determinar cuál es la responsabilidad de la administración al respecto; es decir, en relación con sus obligaciones como prestante del servicio público en cuestión.

Responsabilidad administrativa en la administración de justicia

Existe un principio jurídico básico y de nivel constitucional (al menos en nuestro

ordenamiento) recogido asimismo por el derecho internacional, el cual exige que el Estado asuma la responsabilidad de sus actos, por lo que se erige como un límite contra la arbitrariedad y el abuso de poder por parte de este, y el cual se traduce en que se responda por cualquier daño o perjuicio que la actividad o inactividad administrativa (normal o anormal, legal o ilegal que actúa dentro o fuera de sus atribuciones) cause. Al respecto, existe todo un contexto socio-jurídico que se debe considerar:

[...] Desde que el Estado es persona sometida al Derecho y parte esencial del engranaje democrático, es responsable. En abandono ha quedado aquella inmunidad absoluta de quien ejerce el poder. La conocida expresión del “Estado soy yo”, resultó pulverizada con la reelaboración del sistema político moderno, en tanto sojuzga con el bloque de legalidad a todo aquel que ostenta posición de poder público, y le otorga como contrapartida, responsabilidad por su conducta antijurídica. El deber de reparación que hoy se impone al Estado y a la Administración por los daños que cause, es principio ineludible de cualquier estructura constitucional. Es verdad que para la concreción de tal instituto, hubo necesidad inicialmente de echar mano al régimen jurídico común (Código Civil). Sin embargo, en el presente siglo, puede afirmarse como superado el régimen exclusivamente subjetivo de la responsabilidad de la Administración Pública. Atrás han quedado los esfuerzos de una interpretación ampliativa, que con loable tesón (pero con débil resultado técnico-jurídico), buscaba el acomodo de la responsabilidad aquiliana de la autoridad pública en los conceptos de culpa y dolo. Desde la segunda mitad del siglo XIX (1873), quedó claro en el régimen jurídico francés, que las normas del Código Civil no se avienen a este particular espectro de conductas públicas, pues desde un inicio resulta insuficiente su perspectiva bidireccional en el fenómeno de la lesión extracontractual.

El desprendimiento (que no abandono) del régimen jurídico común, fue tan claro como necesario. La estructura normativa civil no daba ni da explicación suficiente y satisfactoria al compromiso del patrimonio público por virtud de una conducta individualizada o global (conjunta), de aquél o aquellos que, en el anonimato de la organización, integran y ejercitan la función pública; en tales supuestos, las más de las veces resulta inviable la tradicional figura de la culpa in eligendo o bien in vigilando. Esto dio pie, entre otras cosas, a la construcción de las faltas de y del servicio, para ingresar con posterioridad en el cúmulo de ellas, lo que amplió aún más la distancia ya creada con el origen común de la reparación civil en este campo.

Es a través del cúmulo de faltas, que se logra enlazar la conducta del funcionario o servidor con la responsabilidad directa y solidaria de la Administración, aún y cuando se trate de una ilicitud o anomalía íntegra del sujeto que actúa en ejercicio de sus funciones (ello ha permitido la creación de la falta impura, elaborada bajo el enfoque del sujeto “activo” o productor del daño y su conexión con la autoridad pública). Las particularidades de un régimen propio quedan sentadas luego, cuando se compromete al órgano o ente público en aquellos supuestos en los que el titular directo en la causación del daño, viene representado por un sujeto físico o jurídico, en calidad de “tercero”, vinculado tan sólo al ente por medio de circunstancias o instrumentos públicos que le permiten o facilitan la producción del hecho dañoso (aspecto que se cubre con el desarrollo de la figura del nexo de ocasionalidad causal).

A dicha interrelación en tesis de principio se aproxima con iguales resultados (solidaridad en la obligación indemnizatoria),

aunque no con identidad sustancial de la figura, la hipótesis de la responsabilidad de la Administración derivada de daño ocasionado a tercero por acción u omisión del co-contratista de aquella (la transferencia de la actividad o servicio público a un tercero, se ha dicho, no enerva la responsabilidad del órgano o ente como titular originario). Frente a tal estado de cosas, no fue difícil prever y formular el extraordinario salto cualitativo en esta materia, que permitió alcanzar la responsabilidad del Estado frente a conductas tanto administrativas como de orden legislativo, que aunque conformes con las normas jurídicas de rango superior (y por tanto válidas), producen una lesión en la esfera jurídica de la persona, ya sea directa o colateral, en su origen o en su resultado (responsabilidad por conducta lícita y normal, así como por actuación legislativa) [...]⁹.

A partir de esta consideración, existe una imperativa necesidad de que el Estado asuma la responsabilidad por sus actuaciones, frente a los particulares, que se traslada la noción de responsabilidad objetiva –responsabilidad civil extracontractual– y las tesis causalistas (que apuntan a que siempre que exista un nexo causal entre un hecho/acción y un daño o lesión que es consecuencia o efecto del primero, habrá, objetivamente hablando, responsabilidad) a las relaciones administración-administrado.

En la sentencia arriba indicada, se analiza en detalle esto¹⁰, al indicarse que este régimen objetivo engloba las teorías del riesgo y del equilibrio patrimonial, buscando la reparación “indemnizatoria” a quien ha sufrido el daño. Bien se apunta en este análisis, que bajo este esquema, se prescinde de cualquier calificación de las condiciones subjetivas, por lo que la obligación indemnizatoria de la

9 Resolución 000584-F-2005. SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas con cuarenta minutos, del once de agosto de dos mil cinco.

10 Ídem, véase el Considerando IV.

administración, surge con independencia de que la lesión se haya producido, dentro de su actividad normal o anormal, lícita o ilícita..., es decir, la víctima y el menoscabo sufrido son el centro del problema.

Así el único requisito para que entre a regir el régimen de responsabilidad de la administración, es que se haya producido un daño¹¹.

Ahora, para el caso que nos ocupa, el daño no necesariamente surge de acciones arbitrarias de la administración, sino que podemos encontrarnos ante otro tipo de responsabilidad, y que es justamente la que se surge en la actividad "prestacional" de la administración.

En este papel protagónico del Estado, como motor y sustrato imprescindible de nuestra vida cotidiana actual, encontramos que el particular se encuentra en muchas ocasiones, no ya ante decisiones o resoluciones administrativas que inciden en su esfera particular de manera negativa, en tanto lesivas de su condición imperante (actividad limitadora), sino, ante la omisión o denegación de aquellas funciones y conductas públicas que han sido impuestas por el ordenamiento, que se corresponden además con un interés legítimo o con un derecho subjetivo del particular. Es decir, se lesiona al ciudadano no por una conducta activa que ingresa en su ámbito personal, con afectación de sus intereses ("invasora"), sino con el no hacer, con **la omisión o paralización de aquellas conductas que al ente público le son debidas, y que de esta forma, niegan la extensión de la esfera privada y el ejercicio de sus derechos. Se trata, en suma, de una disfunción pública reprochable**, a la que se ha dado en llamar inactividad administrativa [...] ¹². (La letra en negrita no es del original).

De este modo, nos encontramos con que existe una responsabilidad administrativa por omisión en la prestación del servicio público de tutela judicial efectiva, que podría ser llevada a todos los niveles intervinientes (ya que los tres poderes y no solo el judicial, son responsables desde diferentes ejes, de la efectividad de la tutela).

Teniendo en claro lo anterior y, partiendo de lo indicado respecto de la necesidad de profundizar en los casos, donde los usuarios del servicio son grupos minoritarios, se procede a resumir algunos hallazgos encontrados en este estudio, respecto de las poblaciones específicas de personas con discapacidad, indígenas y adultos mayores.

Personas con discapacidad

Partimos para este estudio de que discapacidad es "la pérdida o limitación de oportunidades de participar en la vida comunitaria a partir de la errónea interpretación de sus deficiencias físicas, psíquicas o sensoriales"¹³.

Los estudios actuales sobre discapacidad, estiman que alrededor de un 10% de la población, presenta algún tipo de discapacidad. En cifras, esto representa en el caso de Costa Rica, más de 400 000 personas con algún grado de discapacidad. La existencia de un porcentaje significativo de población perteneciente a este grupo, ha implicado en las últimas décadas, para Costa Rica y el mundo, el nacimiento de un movimiento de personas con discapacidad y distintas agrupaciones asociadas al tema, que han promulgado un cambio de paradigma en el abordaje social

11 (Nuestra Ley General de la Administración Pública) [...] recogió los principios más modernos, fundados en la doctrina y jurisprudencia más autorizada, sobre la responsabilidad extracontractual de la Administración, para establecer así la responsabilidad directa del Estado sin necesidad de probar previamente que el daño se produjo por culpa del funcionario o de la Administración, exigiendo para la procedencia de la indemnización que el daño sufrido sea efectivo, evaluable e individualizable en relación con una persona o grupo -artículo 196. Estableció que la Administración sería responsable por todos los daños que causara su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero [...] (El paréntesis no es del original). Ídem.

12 González Camacho, Óscar Eduardo. La Justicia Administrativa. Tomo II. El Control Judicial de la Inactividad Administrativa. Editorial Investigaciones Jurídicas. San José, 2002, p. 25.

13 Lépiz, Otto. Óp. cit., p. 19

que se le ha dado al asunto, para transformar la dinámica “asistencialista” que predominó hasta hace poco producto de visiones religiosas/caritativas, de corte terapéutico, consumistas, etc., en un nuevo “paradigma de vida independiente” que aboga para que las mismas personas con discapacidad, planteen los problemas, alternativas y soluciones de vida que deben ser tomados en cuenta, para que exista una efectiva igualdad de oportunidades en su participación en la sociedad.

Como parte de esta evolución que ha vivido la temática de la discapacidad, nace en Costa Rica la Ley 7600, de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad que, conjuntamente con instrumentos de derecho internacional, como la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad¹⁴; el Convenio sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio 159); la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental (AG.26/2856, del 20 de diciembre de 1971); la Declaración de los Derechos de los Impedidos de las Naciones Unidas (Resolución n.º 447 del 9 de diciembre de 1975); el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 37/52, del 3 de diciembre de 1982); el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (1988); los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental (AG.46/119, del 17 de diciembre de 1991); la Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud; la Resolución sobre la Situación de las Personas con Discapacidad en el Continente Americano (AG/RES. 1249 (XXIII-O/93)); las Normas

Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (AG.48/96, del 20 de diciembre de 1993); la Declaración de Managua, de diciembre de 1993; la Declaración de Viena y Programa de Acción aprobados por la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos (157/93); la Resolución sobre la Situación de los Discapacitados en el Continente Americano (AG/RES. 1356 (XXV-O/95)); y el Compromiso de Panamá con las Personas con Discapacidad en el Continente Americano (resolución AG/RES. 1369 (XXVI-O/96), entre otros, vienen a establecer una nueva visión jurídico-política sobre discapacidad en el país. A pesar de la multiplicidad de instrumentos, la Ley 7600 es la norma que ha cobrado mayor relevancia, en la lucha por la igualdad de oportunidades en Costa Rica.

A partir del auge de normas y principios que abogan por la igualdad de oportunidades en Costa Rica, se hizo un estudio exhaustivo de un expediente judicial, en donde una parte era una persona con una discapacidad severa, y se entrevistó e investigó a personas con discapacidad, operadores jurídicos y múltiples instituciones, para poder detectar algunos de los principales problemas que afronta esta población en el acceso a la justicia.

Cabe destacar que en el caso de las personas con discapacidad, hay mayores acciones afirmativas a nivel judicial; por ejemplo, como la existencia de la Comisión de Accesibilidad que dictó una “política de igualdad”, la cual ya es implementada en el plan operativo de accesibilidad 2007-2011.

Sin embargo, siempre es posible mejorar las condiciones, en particular respecto de fallas detectadas en la atención en general de personas con discapacidad en niveles administrativos que preceden el proceso judicial (como los consultorios jurídicos, y

14 Ratificada por la República de Costa Rica, el 8 de febrero de 2000 y puesta en vigor por la Organización de Estados Americanos (OEA), el 14 de septiembre de 2001.

la asesoría jurídica que se brinda en otras instancias de la misma índole de modo “pre judicial”, tales como: el Ministerio de Trabajo, la Defensoría de los Habitantes, el INAMU, etc.) y en el mismo Poder Judicial, ya que la mayor parte de operadores técnicos, no cuenta con formación en el área de igualdad de oportunidades, en muchos casos no hay intérpretes disponibles, recursos técnicos, entre otros elementos necesarios para la adecuada atención.

Respecto de los intérpretes de LESCO, por ejemplo, cabe resaltar que según datos de la Contraloría de Servicios del Poder Judicial, para el 2006 solo en el II Circuito Judicial de San José, existían funcionarios judiciales capacitados en el mismo. Salvo ese caso, si un usuario requiere de un intérprete, debe solicitarlo dentro del proceso como un perito, lo que conlleva un trámite no inmediato ni directo, y en ciertos casos y a raíz de la ignorancia de algunos operadores, inclusive se le ha prevenido al usuario, el depósito previo de los honorarios de perito correspondiente, para hacer el nombramiento respectivo.

Frente a una realidad en donde desafortunadamente existen aún obstáculos, inclusive arquitectónicos y barreras burocráticas, existe una serie de medidas sencillas y concretas que se puede ir implementando en diversos niveles y en el Poder Judicial, para el caso de las personas con alguna discapacidad.

En primertérmino, resulta FUNDAMENTAL que a corto plazo, en los planes de estudio de todas las facultades y universidades nacionales que imparten la carrera de Derecho, sea obligatorio incorporar el tema de los derechos humanos de los grupos minoritarios, y en particular la atención de casos jurídicos de estos, como lo son las personas con discapacidad.

Es imprescindible que en el mediano plazo, comience a ser la tendencia nacional que todos los jueces, funcionarios judiciales, abogados particulares, defensores públicos, estudiantes de consultorios jurídicos, y operadores del derecho en general tengan conocimiento

sobre las necesidades particulares que deben considerar al atender estos casos, y sobre los recursos y adecuaciones necesarios para darles una óptima atención a los mismos.

Es importante en especial que aquellos sujetos que atienden institucionalmente a usuarios de la administración de justicia (sea en el Poder Judicial, en los consultorios jurídicos o en otras instituciones de representación, como el INAMU, PANI, CONAI, CONAPAM, etc.) se encuentren capacitados para prestar un óptimo servicio a estos usuarios. Esta capacitación puede ser brindada dentro de sus cursos o evaluaciones especiales para ingresar a cada uno de esos ámbitos; y deben tener en todos los casos, acceso a protocolos de atención y a recursos técnicos y humanos que complementen su atención. Debe ser una iniciativa del Poder Judicial conjuntamente con las entidades representativas de los grupos particulares, en este caso el CNREE, el impulso a las universidades y facultades de derecho para que cumplan con tal requerimiento, ya que son estas el germen de todo el producto humano que actualmente ocupa los puestos de atención en los consultorios jurídicos y en el mismo Poder Judicial.

Por otro lado, resulta imprescindible que se elabore un “protocolo” de atención a casos de las personas con discapacidad. La atención a estas personas no puede limitarse a “no tomar ficha” en los despachos judiciales. Se debe garantizar en la atención de cada caso, que el debido proceso con todos los principios que lo comprenden, se vea realizado plenamente en el manejo del caso y del proceso en el que participa una persona con discapacidad. Se deben tomar en cuenta ya no solo posibles adecuaciones físicas (como la indicada costumbre de no tomar ficha o dar atención preferencial; adecuar espacios físicos para que tanto en audiencias, como en el estudio de expedientes y en la atención al usuario, este se encuentre cómodo, etc.), sino valorar otras adecuaciones para que la información del expediente sea plenamente accesible a la parte con una discapacidad de cualquier tipo.

Nótese por ejemplo que para un no vidente, podría no tener ningún sentido que se le notifique una resolución en el formato escrito tradicional; por lo que le resultará accesible una en formato braille o audible. En este sentido, la utilización de herramientas tecnológicas e informáticas puede ser altamente efectiva. Es también importante como anexo a dicho protocolo, la elaboración de una guía de ayudas y recursos técnicos y humanos para el caso. Evidentemente la existencia de un listado de peritos intérpretes, es insuficiente. Es claramente comprensible que no existen recursos ni posibilidades reales de que en cada despacho judicial, haya un intérprete de LESCO, una máquina impresora de braille, personas especializadas en los diferentes tipos de discapacidades, etc. Pero la falta de recursos no es un argumento válido para que entonces se prescindiera de todos estos recursos, cuando es de conocimiento público que existen múltiples instituciones y personas cuyas labores consisten justamente en prestar este tipo de asistencia.

Es así como el Poder Judicial debe elaborar, conjuntamente con las entidades responsables, listados, guías y datos de ubicación de personas y oficinas específicas para resolver ciertas necesidades y con quienes se mantenga un acuerdo de cooperación práctica.

También, existen ciertos requerimientos mínimos con los que debe cumplir el Poder Judicial. Además de la eliminación de cualquier tipo de barrera arquitectónica, es necesario que la capacitación en LESCO se extienda a nivel nacional y que exista al menos, un funcionario en cada circuito judicial, capacitado para darle atención e instrucciones básicas al usuario, mientras se realizan las gestiones de nombramiento de un

intérprete para el transcurso del proceso. Esto se puede realizar mediante las contralorías de servicios de los diferentes circuitos, y puede ser realizado inclusive con la cooperación de la Universidad de Costa Rica, quien imparte cursos de LESCO, o con la asistencia de otros órganos y entidades, igualmente facultados para impartir este tipo de capacitación.

Asimismo, es imprescindible que como disposición de acatamiento obligatorio por parte de la totalidad de despachos judiciales del país, exista comprensión uniforme de que la atención especial a los usuarios con discapacidad, es de carácter imperativo como parte del servicio prestado, y que bajo ninguna circunstancia se debe cobrar, prevenir pago de honorarios, costas, etc., al usuario, por la participación de intérpretes en los procesos judiciales o por cualquier otro tipo de adecuación. Estos gastos deben correr por cuenta del mismo Poder Judicial en todas las circunstancias.

En general, es importante que exista dirección jerárquica en el Poder Judicial, como un todo, para que desde el más alto estrato, se difunda la comprensión de que la atención correcta al usuario con discapacidad, es una obligación y de que en cada despacho, deben existir formación y capacitación en este sentido.

Poblaciones indígenas

Se estima que actualmente, el 1% de la población costarricense es indígena¹⁵. Esta población se encuentra distribuida en 24 territorios indígenas¹⁶, pertenecientes a ocho grupos étnicos diferentes¹⁷: cabécar, bribri, maleku, chorotega, huetar, boruca, térraba y guaymí.

15 Aproximadamente 63 000 personas, según el último censo de INEC. Blanco, Odir (Director ejecutivo de CONAI). Ponencia en el foro "La accesibilidad del proceso electoral para las personas con discapacidad, adultas mayores, privadas de libertad y poblaciones indígenas". Tribunal Supremo de Elecciones, San José, 12 de enero de 2006. Además, en el Almanaque Mundial 2006, de la Editorial Televisa, se confirma este porcentaje en la composición étnica que ocupa el tercer lugar en nuestra conformación racial, precedido por la población caucásica (94%) y la afro americana (3%).

16 Se considera superada la denominación "reserva indígena", la cual porta una carga negativa y propia de la visión dominante que ha producido la exclusión de estas poblaciones, aunque este es el concepto que adopta la Ley Indígena. En el Proyecto de Ley de Autonomía de los Pueblos Indígenas, sí se habla correctamente de territorios indígenas.

17 Blanco, Odir. Óp. cit.

Existen cuatro idiomas indígenas en nuestro país, y actualmente la provincia de Heredia es la única en donde no existe población indígena reconocida¹⁸.

Si bien existen múltiples definiciones para determinar cuándo una persona es identificable como indígena, partimos para este estudio de la adoptada por la OIT, en el Convenio 169 que dispone que indígena es toda persona que se identifique como tal.

Ahora bien, aunque existan la indicada Ley Indígena, la Ley de Inscripción y Cedulación Indígena # 7225, el derecho comunitario como el emanado de la OIT, así como otras herramientas –especialmente a nivel internacional– y aún un proyecto de ley de Autonomía Indígena en América Latina¹⁹, existe una percepción generalizada por parte de las poblaciones indígenas de que no existe una real implementación de las mismas, y que en parte se debe a que no se da una participación real en la vida democrática del país por parte de los habitantes indígenas: en la administración pública, a nivel institucional, como funcionarios, en la Asamblea Legislativa²⁰, etc.²¹.

Esta percepción apunta predominantemente al problema de que no existe en realidad una “política indígena en nuestro país”, la cual se hace necesaria para hacer efectiva la aplicación de todos los derechos consagrados

normativamente. Si se define tal política, se definiría en realidad un ámbito de acción para todas las instituciones y entidades involucradas, y se eliminaría la situación actual en donde lo que se da, son esfuerzos aislados y acciones descoordinadas entre sí²².

Esto no implica que no exista reconocimiento de ciertos avances e identificación de algunos puntos importantes por trabajar y mejorar. El problema de las barreras idiomáticas ha sido abordado en este sentido²³. Se ha afirmado que la traducción de ciertos documentos, por ejemplo, en materia electoral a idiomas de su conocimiento, ha resultado de suma utilidad para la toma de decisiones informadas y comprensión de la información, y debería ser generalizado en todos los ámbitos posibles²⁴.

En general, cuando se aborda la problemática de la situación indígena en nuestro país, el tema de acceso a la justicia, no es el de mayor protagonismo. Predominantemente, el eje central de discusión ha sido la temática de la tierra, en donde se ha enfatizado la mayor parte de esfuerzos institucionales, normativos, etc. Sin embargo, sí existe una clara conciencia en cuanto al respeto que debe existir hacia la Ley Indígena, en sus diversos temas (salud, educación, trabajo y también justicia). Y en todos estos aspectos, nos encontramos en la praxis con que subsisten problemas, como el indicado sobre el idioma y otras barreras de acceso.

18 Rojas Sánchez, Guido (Miembro de la Asociación de Desarrollo de la Reserva Indígena de Quitirrisí de Mora). Ponencia en el foro “Derechos humanos y democracia inclusiva”. Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, 25 de abril de 2006.

19 Entre algunos de los instrumentos internacionales que podemos ubicar dentro de este tema, además del citado Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (OIT n.º 169), entrada en vigor el 5 de septiembre de 1991, nos encontramos con el Proyecto de Declaración sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas, E/CN.4/SUB.2/1994/2/Add.1 (1994), Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 26 de febrero de 1997, en su sesión 1333a. durante su 95º Período Ordinario de Sesiones, Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, 660 U.N.T.S. 195, entrada en vigor el 4 de enero de 1969, Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, A.G. res. 47/135, annex, 47 U.N. GAOR Supp. (n.º 49) p. 210, ONU Doc. A/47/49 (1993), entre otros.

20 Rojas Sánchez, Guido. Óp. cit. Estima el Sr. Rojas Sánchez que como no existe un solo legislador indígena, implica que literalmente no ha existido un acceso al derecho por parte de los grupos indígenas.

21 Blanco, Odir. Óp. cit. y Rojas Sánchez, Guido. Óp. cit.

22 Entrevista con Blanco, Odir, en CONAI, mayo de 2006.

23 Recuérdese, en este sentido, lo apuntado en el Capítulo I, al ver ciertas normas de derecho internacional, sobre la existencia de traducción como garantía judicial consagrada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

24 Blanco, Odir. Óp. cit.

Las agrupaciones responsables de la representación indígena, han argüido que gran parte de la responsabilidad le corresponde a la Asamblea Legislativa, quien es la llamada a instrumentalizar el Convenio 169 y demás instrumentos internacionales concordantes con la Ley Indígena²⁵.

Por otra parte, la misma Asamblea Legislativa ha archivado y desechado proyectos de ley y diversas iniciativas, que han pretendido dotar de mayor autonomía a las comunidades indígenas. Existe un proyecto en particular que ya ha sido discutido y desechado en varias ocasiones. Actualmente se encuentra de nuevo en la corriente legislativa, bajo el expediente número 14352, Proyecto de Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas, el cual entró a ser visto en las sesiones extraordinarias iniciadas a partir del 1° de agosto de 2006.

Esta problemática y desatención que ha sufrido parte de la temática indígena, se reflejó también en el estudio de casos prácticos judiciales, en donde se detectaron problemas, principalmente por la desaplicación de las instituciones del derecho indígena, al proceso ordinario judicial.

Por tanto, existe por ejemplo en muchos casos, una doble persecución de un hecho que es sancionado, tanto a nivel judicial ordinario, como en el derecho indígena interno. Igualmente, se llegan a sancionar hechos que muchas veces no son ilícitos, y por el contrario, son conductas culturalmente aceptadas, en el derecho indígena autónomo. Lo anterior es una realidad que se da a pesar de la normativa internacional que reiteradamente protege la autonomía y validez de las instituciones jurídico-legales indígenas, e inclusive el derecho interno que, a través de la jurisprudencia, ha respaldado dicho criterio. La Sala Constitucional manifestó según la

aplicación del Convenio 169 de la OIT y por parte de los jueces, con ocasión de una consulta judicial de constitucionalidad:

*[...] Este obliga a reconocer validez a las instituciones jurídico materiales y procesales de cada comunidad indígena y por ende también a los órganos de su ejecución o aplicación, sin más salvedad que el necesario respeto a los derechos fundamentales reconocidos por el derecho de la Constitución; tanto los derivados de las normas constitucionales como de sus principios o de las normas o principios del derecho internacional de los derechos humanos, así como a las normas o principios de orden público, fundamental del ordenamiento costarricense; estos últimos desde luego, rigurosamente interpretados y aplicados, es decir, sin criterios analógicos o extensivos [...]*²⁶.

Si bien, vemos cómo no solo el derecho internacional e interno, sino también la jurisprudencia, han sido enfáticos en cuanto a la relevancia de darle valor al derecho consuetudinario indígena. Es una percepción de las representaciones indígenas que, en el caso de los votos de la Sala Constitucional sobre el tema, no pasan de ser “buenas intenciones”.

De esta manera, si bien se ha pretendido solventar esa problemática, a través de la creación de tribunales de derecho consuetudinario, las resoluciones de los mismos no han sido dotadas de la fuerza y coactividad necesaria para asegurar su eficacia, por lo que en realidad estiman los grupos indígenas que, en la práctica, no existe respeto por lo que estos resuelvan, y sus disposiciones no son vinculantes, en caso de que el asunto sea posteriormente ventilado ante la jurisdicción “ordinaria”.

La situación de un tratamiento diferente y autónomo de los asuntos de derecho

²⁵ Entrevista. Óp. cit.

²⁶ Sentencia 1867-1995. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las dieciséis horas con cincuenta y un minutos, del cinco de abril de mil novecientos noventa y cinco.

indígena, ha tratado de ser aliviado, mediante la creación de una Fiscalía de Asuntos Indígenas. Sin embargo, la conclusión a la que llegan los representantes de las comunidades indígenas, es que lejos de que esta se haya convertido en una instancia de aplicación del derecho indígena, se ha convertido en una instancia que genera doble persecución hacia los indígenas, que además de ser perseguidos y acusados por los órganos regulares del Ministerio Público, se encuentran ahora en la mira de esta nueva entidad.

Por último, se debe señalar que además de los problemas “de fondo” apuntados, existe para esta población, una serie de barreras prácticas para acceder a la tutela judicial. También surgen problemas de movilización para poder acceder a la justicia. Si bien la distribución territorial en circuitos judiciales que se da a nivel nacional, pretende ser comprensiva de las diferentes zonas demográficas del país, esta ciertamente no se ajusta a la realidad de las comunidades indígenas.

Debido no solo a su lejanía territorial de la mayor parte de centros urbanos y de población –ya que existen comunidades indígenas que se encuentran considerablemente alejadas de cualquier tribunal de justicia– sobre todo a sus condiciones de aislamiento y carencia de medios de transporte, las personas indígenas deben realizar un esfuerzo significativo en muchos casos, para acceder a una instancia judicial.

Adicionalmente hay un problema en cuanto a los intérpretes de lenguas indígenas. Al igual que sucede con los intérpretes de LESCO, existe actualmente un listado en el Poder Judicial de traductores indígenas, el cual opera igualmente, solicitando el nombramiento de uno para un proceso en particular, del mismo modo que se nombra cualquier tipo de perito. Sin embargo, al igual que con el caso de discapacidad, se debe resolver cómo atender a un usuario de forma inmediata y eficiente, si el mismo se presenta a los Tribunales de Justicia. Lo que los funcionarios judiciales realizan en la práctica, si el indígena no trae su propio “traductor”, es

localizar a vecinos y miembros de la comunidad que ya son conocidos por el manejo que tienen de los idiomas, y que se encuentran anuentes para asistir al Juzgado –por lo general “ad honórem”– con el fin de traducir.

También es común que cuando se solicita el nombramiento de un perito intérprete, la Autoridad Judicial de estas localidades, no haga uso de la lista de traductores del Poder Judicial (pues según su dicho, estos en muchas ocasiones, no se trasladan hasta las zonas alejadas donde son requeridos), sino que nombre a estos mismos personajes comunitarios para que presten sus servicios de traducción.

Cuando se detectan todos los obstáculos indicados, se pueden plantear recomendaciones específicas. Además de ser absolutamente aplicables en su totalidad las hechas sobre la elaboración de un protocolo de atención y una guía o directorio de servicios, es también válida la sugerencia de la educación. En el caso de las poblaciones indígenas, la aspiración es que el derecho indígena llegue a ser algún día una cátedra de estudio, y dentro del lineamiento de este estudio, se podría pensar en que sea parte integral del programa o materia de derechos humanos de poblaciones minoritarias.

Por otro lado y respecto de los otros problemas apuntados, es imprescindible hablar de la “autonomía jurídica”. Claro está, difícilmente pueden subsistir descoordinadamente en un Estado, dos ordenamientos jurídicos diferentes, y quizás hasta tal vez contrarios. Sin embargo, existe una herramienta que acertadamente fue tocada por nuestra Sala Constitucional, al referirse el tema, la cual consiste en la existencia de un régimen alternativo o flexible de solución de controversias en nuestro país, el cual es el regulado en la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social. A pesar de que la Sala logró ver el enlace entre estos temas, la realidad es que no existen regulación ni implementación real del mismo para el derecho indígena.

La solución que se propone, es que a través de una ley especial o de la incorporación de la regulación en la citada Ley de RAC, se cree una jurisdicción indígena y se le dote de la misma validez y eficacia que la del arbitraje. Así se deben constituir adecuadamente los Tribunales de Derecho Consuetudinario Indígena en cada comunidad; pero estos deben estar dotados de una normativa que les confiera a sus sentencias, los mismos efectos de un laudo arbitral, de modo que su cumplimiento pueda ser exigido, y que su contenido no sea desconocido y desvirtuado en un posterior proceso judicial sobre el mismo asunto, y otros efectos que conllevaría dotar estos votos de eficacia jurídica.

La segunda modificación que debe ser realizada, además de la regulación de estos tribunales indígenas, es la actuación de los tribunales ordinarios (para los asuntos que sí lleguen hasta esa instancia, o que por su naturaleza solo puedan ser ventilados en la misma) que se deben encontrar capacitados para aplicar el derecho consuetudinario indígena, lo cual puede ser logrado del modo propuesto en el proyecto de ley. Esto resulta esencial para que esfuerzos realizados por el Poder Judicial, como la creación de la Fiscalía de Asuntos Indígenas, no pierda su sentido esencial, como sucede en la actualidad, sino que por el contrario sea una instancia de realización de los objetivos de la autonomía indígena.

Por último, existen otras modificaciones en lo interno del Poder Judicial que también provocarán que la tutela judicial sea un derecho efectivo para las poblaciones indígenas. En el indicado Proyecto de Ley de Autonomía Indígena, se resumen de forma muy concisa, las obligaciones más relevantes que tiene el Poder Judicial para que la actividad judicial sea accesible a las personas indígenas:

ARTÍCULO 57.- En todas las jurisdicciones se aplicará el derecho ordinario; pero el Poder Judicial estará obligado a proporcionar, a las partes indígenas que no dominen el español, la traducción de los documentos utilizados en los

procedimientos y la interpretación simultánea en los procesos orales. Para tal efecto, en cualquier proceso será obligatorio notificar, de oficio, a la Defensoría Indígena correspondiente.

Los problemas abordados de traducción de documentos y participación de intérpretes, deben ser solventados, como requisito mínimo para que la justicia sea efectiva para estos usuarios.

Adultos mayores

Actualmente, en nuestra sociedad occidental, donde el consumo, la eficiencia, la productividad y el mercado, son los paradigmas imperantes en nuestra relación con el mundo, nos encontramos frente a una disyuntiva. Por un lado, esa escala de valores ha conllevado a una marcada desvalorización del adulto mayor, quien cada vez es más comúnmente objeto de violencia física, psicológica y patrimonial, y se enfrenta a ambientes discriminatorios en todos los ámbitos.

Enfrentada a esta realidad, se encuentra otra, la realidad demográfica que señala que lo que antiguamente fue una "pirámide" demográfica, se está convirtiendo aceleradamente en una "columna", y podría eventualmente ser la pirámide invertida que conllevaría al colapso de los sistemas de seguridad social, seguros y pensiones, tal y como están planteados hoy día, máxime tomando en cuenta que los adultos mayores se ven totalmente excluidos del mercado laboral y productivo, y su dependencia en estos sistemas aumenta constantemente. Básicamente, la población mundial está envejeciendo más aceleradamente, y a pesar de la contundencia de las cifras, las medidas para asegurar una vejez digna, con oportunidades y plena integración al tejido social, no son aún una realidad.

[...] Sin embargo, marginar a los adultos mayores va a ser menos que una opción en el planeta en los próximos años. Según los demógrafos de las Naciones Unidas, es

muy probable que, dentro de 50 años, habrá por primera vez en la historia más personas mayores de 60 años que niños menores de quince. Mientras ahora una de cada diez personas tiene 60 años o más, en el año 2050 la proporción será de una por cada cinco. Y se espera que las cifras de los que tienen más de 80 años (los “adultos mayores de mayor edad”) se quintuplique[sic].

Los analistas de la ONU han estado siguiendo y explicando las ramificaciones de estas tendencias en diferentes ambientes, situaciones económicas y regiones. En las regiones más desarrolladas, las personas mayores ya superan a los jóvenes. Aunque el mundo desarrollado ha envejecido gradualmente en el último siglo, la transformación en la estructura de edades aún es un desafío en cuanto al descenso proyectado en la proporción de las personas en edad de trabajar frente a las que no están dentro de esa edad, para fines de pensiones, sistemas de seguridad social y cuidado de la salud.

En los países en desarrollo, el ritmo del envejecimiento es más rápido; en ellos, se espera que la población adulta mayor se cuadruplique durante los próximos 50 años. Estas naciones tendrán que hacer frente a restricciones de recursos a medida que confrontan los retos simultáneos del desarrollo y el envejecimiento de la población. Está claro que en los países más ricos así como en los más pobres, la revolución demográfica influenciará todos los aspectos de la vida diaria y afectará a todos los hombres, mujeres y niños [...]²⁷.

Dependiendo de cada sistema socio jurídico, se define al adulto mayor por alcanzar una

edad determinada (la cual puede variar)²⁸. Para la Organización de las Naciones Unidas, por ejemplo, es adulta mayor toda persona mayor de 60 años. Mientras que en Costa Rica, se define como persona adulta mayor “toda persona de sesenta y cinco años o más”²⁹.

Y Costa Rica, aunque según estudios demográficos, tiene un proceso de envejecimiento moderado, no está exenta del fenómeno arriba señalado, generalizado en toda América Latina y el Caribe, de la aceleración en el ritmo del envejecimiento de la población.

Mientras que se estima que en los países desarrollados, el promedio de tiempo que debe transcurrir para ver duplicado el número de personas mayores de 65 años, es de entre 100 y 140 años, en Costa Rica esa misma duplicación etaria ha tomado entre 25 y 30 años³⁰.

Según el censo del año 2000 del Instituto Costarricense de Estadística y Censo (INEC), la cantidad de adultos mayores en nuestro país, era para ese momento, un 5.6% de la población, estimándose que para el año 2025, dicho porcentaje habrá ascendido al 10%. Se debe tomar en cuenta además la alta esperanza de vida que, en Costa Rica, asciende a un promedio de 75 a 80 años³¹.

Vista esta realidad y aunados otros factores, como el hecho de que se estima que un 30% de la población adulta mayor, tiene algún tipo de discapacidad, se hace entonces imprescindible pensar en que deben existir una valoración y protección especial a la situación de las personas adultas mayores. En nuestro país, el órgano rector de políticas para

27 Desai, Nittin. Secretario General Adjunto de las Naciones Unidas para asuntos económicos y sociales. *Cómo llevamos nuestra vejez*. Tomado de www.un.org

28 Para la Organización de las Naciones Unidas, por ejemplo, la edad a partir de la cual se es adulto mayor es 60 años, mientras que en la Unión Europea es 65.

29 Ley Integral para la persona adulta mayor, artículo 2.

30 Aguilar Mirambell, Teresita (ex diputada de la Asamblea Legislativa). Ponencia en el foro “La accesibilidad del proceso electoral para las personas con discapacidad, adultas mayores, privadas de libertad y poblaciones indígenas”. Tribunal Supremo de Elecciones, San José, 12 de enero de 2006.

31 Ídem.

las personas, es el Consejo Nacional para la Persona Adulta Mayor (CONAPAM), creado por la Ley Integral para la Persona Adulta Mayor, Número 7935.

Planteada esta aproximación inicial, se continuó al igual que en los casos anteriores, con el estudio de expedientes judiciales, y se encontró con que si comparamos las cifras estadísticas de la duración promedio de un proceso ordinario en nuestro sistema judicial, y la esperanza de vida promedio de un costarricense, si una persona de 75 años interpone una demanda, tiene el 51.85% de posibilidades de encontrarse vivo al finalizar el mismo, y el 48.15% de haber fallecido, es decir, prácticamente hay igual cantidad de posibilidades de morir que de vivir para el final del proceso. Así la mora judicial se convierte en el principal obstáculo de acceso a la justicia para las personas adultas mayores.

Actualmente nos encontramos básicamente con una única adecuación a nivel de Poder Judicial para implementar la prestación del servicio a los usuarios de la tercera edad: la eliminación de filas o fichas para ser atendidos en cualquier ventanilla, despacho, recepción, etc.

A partir de esta triste realidad, además de reiterarse las recomendaciones hechas en los apartes anteriores, respecto de la educación en derechos humanos, y la elaboración de protocolos y guías de atención, se debe solventar el problema de los plazos.

Actualmente el Poder Judicial supervisa eficientemente el rendimiento de los distintos despachos, evaluando lo que se ha venido a denominar “mora judicial”, en aras de lograr que el tiempo que dura un proceso, no se vuelva cada vez mayor, debido a la gran carga de trabajo que manejan los juzgados y tribunales de justicia y a la burocratización que ha sufrido la prestación del servicio.

Esta supervisión y búsqueda de una mayor eficiencia en la prestación del servicio, que exigen a los funcionarios judiciales que

cumplan con ciertos plazos, y resuelvan cierto número de casos por día, etc., son de gran valor y utilidad, y como iniciativa, debe ser reconocida como uno de los tantos logros del Poder Judicial.

Sin embargo, en el caso de los adultos mayores, por desgracia esto resulta insuficiente, ya que como vimos, la duración de los procesos es, en la mayor parte de los casos, cuestión “de vida o muerte” –literalmente– y los plazos mismos son los determinantes de que se haga o no justicia en estos casos. Por eso se requiere de una solución concreta y eficiente.

Se recomienda que de forma imperativa, y a modo de política del Poder Judicial, se les dé un tratamiento prioritario a los casos donde participa una persona adulta mayor, y se disponga dentro de la organización interna del Poder Judicial y de cada despacho, una forma de trabajo que permita que estos casos no sufran ningún tipo de dilaciones, sean resueltos preferencialmente y con la menor cantidad de trámites, requerimientos y actos procesales posibles.

Básicamente la idea de “no hacer filas” o de la atención preferencial, no se puede limitar a la atención en ventanilla de la persona, pues ello carece de valor práctico, si el trámite que se le da al asunto es exactamente el mismo que el del resto de los usuarios. De este modo, la política de las “no filas” debe ser traducida de forma inmediata y exacta a la tramitación del expediente: a la resolución de gestiones, las notificaciones, los señalamientos, el dictado de sentencia, la reapertura de procesos...

Además, y ya como una medida más compleja, se recomienda evaluar la posibilidad de hacer una reforma legal, en cuanto a plazos en ciertas circunstancias. Ya nuestros códigos procesales prevén ciertas medidas extraordinarias, ya sea cuando la salud o participación de alguien en un proceso, se encuentra en “tela de dudas”, tales como: las distintas “prejudicialidades” y las recepciones anticipadas de prueba. Se pueden tomar lo anterior y las estadísticas que

hasta aquí se han expuesto, como antecedente para una reforma, por ejemplo, cuando una persona debido a su edad avanzada o a sus condiciones de salud, haga una solicitud debidamente fundamentada, y la misma sea evaluada y aprobada por la Autoridad Judicial, se podrá disponer que para ese proceso, la totalidad de plazos ordinarios, sean reducidos a la mitad. El expediente puede ser identificado con alguna señal o distintivo, del mismo modo que en materia penal, se hace cuando hay "reo preso", para que todo servidor judicial que entre en contacto con el expediente, esté en conocimiento del trámite expedito que debe darle al asunto.

Reflexión final

Llegamos así al final de un estudio que en realidad es solo un comienzo, y que esperamos sirva de punto de partida para iniciativas que provengan en primera instancia del mismo Poder Judicial. No obstante, desde luego también de manera casi obligada de los

ámbitos técnicos institucionales, académicos, legislativos, y desde cada uno de nosotros, "[...] pero esta responsabilidad la pueden asumir solamente seres humanos capaces de verla. Solamente una cultura de responsabilidad puede abrir los ojos frente al problema [...]"³².

Nuestro Poder Judicial se ha reconocido en la historia patria, como un estandarte de los valores democráticos, civiles y políticos, y por ende, hoy debe ser el primer interesado en continuar optimizando sus funciones y servicios para permanecer a la vanguardia en la defensa y protección de los derechos humanos, con el fin de mantenerse como fuente de credibilidad en nuestro sistema democrático, y para hacer una realidad efectiva todas aquellas libertades públicas y derechos fundamentales que el mundo ha venido consagrando en la letra escrita; pero que únicamente manifestándose en la "letra viva", podrán reivindicar al ser humano, y acercarnos más a la construcción de un planeta basado en los valores de la generosidad, la tolerancia y el humanismo.

32 Hinkelammert, Franz. La universidad frente a la globalización. "Campus", Universidad Nacional. Heredia, 2001, p. 11.



DESAFÍOS EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA ORALIDAD EN LA REFORMA A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA

Herramientas de litigación

Maricruz Barquero Kepfer

I.- INTRODUCCIÓN

A propósito de la aprobación del Código Procesal Contencioso Administrativo, Ley N.º 8508, se introducen novedades al tradicional proceso contencioso administrativo. Entre ellas, y tal vez las más novedosas, se instituyen elementos de oralidad en el procedimiento: en la audiencia preliminar, el juicio oral, el recurso de casación y, de ser necesario, en las audiencias de imposición de medidas cautelares.

En estas líneas, el objetivo es hacer conciencia de que el éxito de la entrada en vigencia de la reforma procesal, depende, en gran medida, de dos aspectos: una reestructuración administrativa del Poder Judicial y, específicamente, en los juzgados y tribunales de la jurisdicción contenciosa administrativa dirigida a la programación y realización efectiva de las audiencias orales y, luego, la participación de los abogados en la presentación de argumentos orales y las destrezas en litigación que se deben fomentar en el marco de un proceso revestido con fases orales.

En ese sentido, parto de la premisa de que la oralidad instaurada y prevista en el Código Procesal Contencioso Administrativo —en adelante CPCA— por sí misma, no viene a garantizar la vigencia de principios jurídicos y derechos constitucionales, tales como: el

debido proceso y el derecho a un proceso judicial pronto y cumplido¹. Por esa razón, se deben procurar ambos aspectos: la reestructuración administrativa y que el abogado litigante tome parte activa en lo que a la implementación de la reforma se trata, a través del manejo de técnicas en litigación.

La presente exposición pretende centrarse, justamente, en resaltar la importancia de que los abogados de la Procuraduría General de la República y los litigantes en general, adquieran destrezas en la presentación de argumentos orales ante un tribunal, y se doten de herramientas para la introducción de la prueba en el juicio. Estimo que la única manera de comprender cómo se desenvuelve un juicio oral, es a partir del entendimiento de la lógica y la dinámica de la litigación.

A lo largo de la exposición, se insiste que si bien el método en un sistema adversarial o acusatorio en un proceso penal, es diferente del uso de la oralidad en un litigio contencioso administrativo. Además, es necesario entender la mecánica de la litigación en esta rama del derecho, para luego adaptarla a las necesidades y especificaciones del CPCA. De esta forma, se deben aplicar la experiencia en el proceso penal, sus avances, virtudes y aspectos por mejorar, para sacar todos los provechos y utilizarlos en el proceso contencioso administrativo.

1 Principios consagrados en los artículos 39 y 41 de la Constitución Política.

Para empezar, la capacitación de parte de los actores es necesaria, precisamente, para obtener ventajas de la oralidad. Desde hace unos meses, se están llevando a cabo cursos de oralidad en lo interno del Poder Judicial, como parte de la formación básica de los jueces. Así también, existe una necesidad imperante de ofrecer otras opciones integrales para que los abogados dedicados tradicionalmente a litigar por vía de expedientes judiciales, tengan oportunidades de ampliar conocimientos y adquirir destrezas para hacer frente a los juicios orales.

Por tanto, el presente trabajo procura constituir una breve herramienta inicial para todos los intervinientes, en aras de tomar conciencia de que las audiencias orales son los espacios oportunos para:

- Producir información de alta calidad, gracias a la posibilidad del contradictorio sobre la prueba.
- Brindarle al juez toda la información necesaria para que este tome decisiones de calidad.
- Generar un entorno óptimo para el respeto de las garantías procesales y derechos de todas las partes intervinientes.
- Resguardar la publicidad en la adopción de las decisiones de los jueces y aumentar la legitimidad del sistema contencioso administrativo y la administración de justicia en general.

Se hace la observación de que muchas de las ideas que se plasman en este texto, responden a un proceso de formación llevado a cabo, gracias al Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), cuya sede se encuentra actualmente en Santiago de Chile, y la posibilidad brindada para participar en el “Programa Interamericano

de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal 2005”, organizado por ese centro de estudios y patrocinado por la Agencia de Desarrollo Internacional de Canadá (CIDA). El aporte de dicho aprendizaje es fundamental para el análisis de la innovación que se está llevando a cabo en Costa Rica, gracias a la comparación de los procesos de reforma al sistema criminal que se están llevando a cabo en Latinoamérica.

II.- BREVES NOCIONES DE LAS EXIGENCIAS ADMINISTRATIVAS PARA UN PROCESO ORAL

Con la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, específicamente, debido a la remisión de dicho cuerpo normativo a las normas del Código Procesal Civil (artículo 103 de la LRJA), se afirma que el actual proceso administrativo se encuentra informado por el principio de la escritura. Así, la totalidad de las fases del procedimiento e instancias, transcurren en forma escrita (alegatos principales, pruebas y conclusiones)².

Mientras que con la promulgación del CPCA, se establece una obligación para los jueces tramitadores y miembros del Tribunal, de garantizar durante las audiencias (preliminar y de juicio) el pleno respeto de los principios de la oralidad. Textualmente, el artículo 85 señala lo siguiente:

ARTÍCULO 85.-

- 1) La jueza o el juez tramitador y el Tribunal, según sea el caso, deberán asegurar, durante las audiencias, el pleno respeto de los principios de la oralidad.
- 2) En el curso de estas, deberá promoverse el contradictorio como instrumento para la verificación de la verdad real de los hechos y velar por la concentración

2 GIMENO SENDRA, Vicente y OTROS. Derecho Procesal Administrativo Costarricense. San José, Editorial Juricentro, 1993.

de los distintos actos procesales que corresponda celebrar. (*Lo subrayado no corresponde al original*).

Así, el uso del discurso escrito ha sido la tradición en este procedimiento judicial, y abandonar las costumbres siempre es difícil. Lo innovador causa algún grado o mucha incertidumbre, o incluso, rechazo, hasta que se logran comprobar las bondades que acarrea y, en ese momento, se adquiere la conciencia de las necesidades de laborar con lo nuevo.

Precisamente, el trabajo en las audiencias y en los juicios orales, conlleva una nueva forma de recabar información e implica la utilización de nuevas maneras de análisis, pues el texto escrito difiere en gran medida del discurso oral³.

Asimismo, en el campo administrativo, un sistema con audiencias orales conlleva desafíos que deben ser analizados por las autoridades competentes en el transcurso del año que falta para la implementación del nuevo código.

En esta oportunidad, solo quisiera dejar esbozado el tema de que la transición de un sistema tradicionalmente escrito a uno con etapas orales, requiere, además de una reforma procesal, una transformación estructural destinada a la especialización en la producción de las audiencias con las exigencias administrativas que se demandan, pues, de lo contrario, se van a perpetuar vicios de los procedimientos escritos, como por ejemplo, la delegación de funciones y el retardo en la resolución de los procedimientos jurisdiccionales.

Uno de los principales problemas que ha afrontado la reforma procesal penal en América Latina con juicios orales, es, justamente, la dificultad para generar eficazmente la producción de las audiencias orales, lo que se traduce en retardos, desprestigio del sistema, desperdicio de recursos y detrimento de la publicidad y transparencia de la administración de justicia⁴.

En un informe comparativo latinoamericano que analizó varios componentes de la reforma procesal penal, se acreditó lo siguiente, en relación con la producción de las audiencias:

3 Para ampliar sobre el análisis del discurso oral, se puede consultar: QUESADA PACHECO, Jorge Arturo. Análisis del Discurso Oral en el Proceso Penal. San José, Editorial Universidad Estatal a Distancia EUNED, 2002.

4 RIEGO, Cristián y SANTELICES, Fernando. Seguimiento de los procesos de Reforma Judicial en América Latina: Segundo Informe Comparativo. Revista Sistemas Judiciales, n.º 5, Buenos Aires, 2003. Disponible en: www.sistemasjudiciales.org. Para ampliar sobre el tema se recomienda consultar: GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel y DALL'ANESE RUIZ, Francisco. Alcances prácticos de la reforma procesal penal en Costa Rica. Revista Ciencias Penales de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 15, n.º 21, San José, octubre, 2003. En este estudio, llevado a cabo entre septiembre-octubre de 2001 en San José, los autores determinaron que la mayoría de los juicios señalados, no se celebraron y no se informaron al público las razones de la cancelación del señalamiento y, en muchos casos, ni siquiera se abrió la sala de juicios. Incluso, muchos jueces integrantes del Tribunal ignoraban la convocatoria a un juicio para una determinada hora y fecha, por lo que reconocen que gran parte de los aplazamientos de los debates, se debe a problemas administrativos.

PROGRAMACIÓN Y REALIZACIÓN DE JUICIOS (JUICIOS AGENDADOS VRS. JUICIOS REALIZADOS)⁵

País o ciudad	Juicios Agendados	Juicios Realizados	% de juicios realizados
Córdoba	117	97	83 %
Costa Rica	179	54	30 %
Chile	35	28	80 %
Ecuador	222	59	27 %
El Salvador	170	69	41 %
Guatemala	50	38	76 %
Paraguay	17	13	76 %
Venezuela	867	144	17 %

Para los autores la situación obedece, entre otras razones, a que los procesos de reforma no se han hecho cargo de modo sistemático, de los desafíos que, en el área administrativa, supone el manejo de un sistema de producción de audiencias orales.

Se concluye que con la sola excepción del caso chileno, la introducción de procedimientos orales no estuvo acompañada de un cambio en el sistema de administración de los tribunales, sino que las instancias encargadas de conocer los juicios orales, reprodujeron una estructura propia de un sistema inquisitivo. De este modo, especialistas en procesos de reforma han afirmado lo siguiente:

[...] Lamentablemente, pocas veces se ha considerado que la profundidad de la reforma jurídica también exige una transformación en la gestión igualmente radical y ello se ha reflejado –en la mayoría de los casos– en la ausencia de un modelo de administración alternativo. De hecho, las reformas a la gestión efectuadas fueron concebidas muchas veces independientemente del proceso

de reforma procesal penal en tanto se proponen ‘mejorar’ un sistema escrito antes que hacer eficaz uno oral [...]»⁶.

Ahora bien, en el caso de Costa Rica y a propósito de la promulgación del Código Procesal Contencioso Administrativo, se impone que la reforma jurisdiccional esté acompañada de una profunda valoración del esquema de tramitación actual destinado a proveer el expediente judicial, y más bien, se proclama un cambio en el modelo de gestión tradicional, por uno pensado en la producción eficaz de las audiencias orales.

Debe definirse la nueva estructura administrativa para poder realizar las audiencias, que son los espacios idóneos para producir la información relevante para la decisión de los órganos jurisdiccionales. El objetivo de una nueva estructura administrativa y de gestión, no está ya destinada a instruir ritualmente un expediente judicial, sino en la producción de las audiencias y que estas sean los entornos idóneos para que los jueces adopten las decisiones de trascendencia en torno al conflicto.

⁵ RIEGO, Cristián y SANTELICES, Fernando. *Ibid.*

⁶ VARGAS VIANCOS, Juan Enrique. Descripción Introductoria para el módulo sobre gestión de Tribunales. Curso sobre Instrumentos para la implementación de un sistema acusatorio oral. Viña del Mar, 3 al 8 de abril de 2005.

En adelante, el éxito por el que se evaluarán las tareas administrativas de los funcionarios dedicados a ellas, es el efectivo logro en la producción de las audiencias. Si se desea que se cumplan principios derivados de la oralidad como la publicidad, inmediación, concentración y contradictoriedad, corresponde dar lugar a medidas concretas, cuya definición e implementación serán resortes de la administración.

En este sentido, como se viene realizando desde hace un tiempo en los despachos judiciales, se requiere la incorporación de administradores con capacidades gerenciales que asuman las tareas de este tipo, las cuales distraen a los juzgadores de su misión jurisdiccional. Su tarea debería ser independiente, pero no implica estar divorciada de las necesidades de los jueces en su función cotidiana.

Se insiste que el avance que se pretende con la reforma procesal contenciosa administrativa, no radica, solamente, en el éxito de la misma en el plano normativo, sino que depende, además, de un factor administrativo que respalde la entrada en funcionamiento del nuevo proceso. Asimismo, demanda capacitación de todos los actores para que no solo se programen las audiencias, sino que las mismas realmente se produzcan. Esto implica que todos los actores estén debidamente notificados; que las salas de audiencias estén disponibles, al igual que los secretarios; que los aparatos técnicos sean idóneos para grabar las audiencias; y que haya salas para recibir y mantener separados a los testigos, etc.

También, se impone un método expedito de coordinación entre el juez tramitador y el tribunal de juicio para la organización de las audiencias, de manera que el personal especializado se dedique a la organización de las agendas y se logren notificar en la propia audiencia preliminar, la fecha y hora de la realización del debate oral.

Así, además del éxito en la planificación de las audiencias y su efectiva realización (temas de gestión de audiencias y especialización de la función administrativa al servicio de la producción efectiva de las mismas), se requieren considerar aspectos de infraestructura que tienen una función muy importante en el marco de un proceso con etapas orales. Por citar algunos ejemplos, se exige un acondicionamiento especial de las salas de juicio que reúnan condiciones óptimas para la realización de los debates y su respectiva grabación sin interferencias sonoras, y se requieren cintas de calidad para la grabación de las audiencias, micrófonos para la grabación y la escucha debida de las partes, etcétera⁷.

Sobre el particular, se recalca que pese a que las audiencias deben quedar consignadas en un acta, como lo establece el artículo 102 del CPCA, también es menester cumplir lo establecido en el inciso 3 de ese numeral sobre la obligación de realizar una grabación del debate, mediante cualquier mecanismo técnico.

Finalmente, nótese que si bien la audiencia preliminar y el juicio oral se pueden llevar a cabo, aun en ausencia no justificada de alguna de las partes, según lo prevé el artículo 86, párrafo 2º, del CPCA, lo cierto es que es vital que se apersonen debidamente todas las partes y se realicen las audiencias con participación de los intervinientes, pues se recalca que es el momento oportuno para producir toda la información de calidad para la toma de decisiones relacionadas con el conflicto.

III.- ROL DEL LITIGANTE EN LA REFORMA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA -HERRAMIENTAS DE LITIGACIÓN-

El objetivo que se quiere plasmar en estas líneas, es que los abogados y jueces que conocen causas contenciosas administrativas,

⁷ QUESADA PACHECO, Jorge Arturo. Óp. cit.

se cuestionen si están listos para el cambio que significa la litigación oral en dicho proceso, pues, al respecto, estimo que es imprescindible que asuman un rol para hacer efectiva esa innovación.

En primer lugar, los abogados litigantes, en el marco de la reforma al proceso contencioso administrativo, deben estar comprometidos con la ética y la integridad profesional. Dentro del proceso oral, lo anterior conlleva que tengan conciencia de que el éxito de la reforma está en hacer de las audiencias orales, espacios exitosos para exponer todos los argumentos y presentar la prueba habida (incluyendo, como se verá, la prueba documental). Esto implica que les corresponda actuar de buena fe frente al proceso, a la contraparte y a los juzgadores y no perpetuar las viejas costumbres de la litigación tradicional, mediante la presentación de múltiples documentos y argumentos escritos para retrasar el proceso.

En el presente trabajo, se parte de la premisa de que es muy importante la preparación de los litigantes para adquirir herramientas en litigación. Nótese que su rol en la audiencia oral es, justamente, la producción de información de calidad, primero a través de la explicación de la pretensión y luego la substanciación de la misma en la evidencia que la respalde

A manera de ejemplo, es menester rescatar la importancia de saber interrogar y contraexaminar a un testigo, pues dichas habilidades evitan la formulación de preguntas que generen información errónea o incompleta de su parte, y si el examinador no tiene agilidad en estos ítems, lo más probable es que no se obtenga información de calidad en la audiencia oral. Al respecto, se puede citar a Baytelman y a Duce, quienes señalan lo siguiente:

*[...] todo el juicio está construido como instancia de control de la calidad de la información. La intermediación y la contradictoriedad persiguen ofrecer al juez la mayor cantidad de información posible, a la vez que dotarlo de la mayor cantidad de elementos para evaluar la calidad de la información con que van a juzgar el caso [...]*⁸.

Se parte del presupuesto de que la litigación en las audiencias orales previstas en el nuevo CPCA, no debe dejarse entregada al supuesto talento intuitivo de los litigantes y, por supuesto, de los jueces encargados de la dirección de estas. Caso contrario, se incurriría en una total falta de ética profesional y constituye un riesgo para el resultado del proceso.

Debido a que existen oportunidades de preparación para las partes, estas se encuentran en la obligación de entrenarse, no solo en técnicas de oratoria, sino también en herramientas de litigación que permitan adquirir una conciencia sobre lo estratégico que es un juicio oral. En ese sentido, no se trata de alterar una realidad que es motivo de un conflicto jurídico, sino que se pretende la construcción de una visión del juicio (teoría del caso) que requiere ser ejecutada con efectividad, desde el inicio hasta el final del proceso.

Citando a Baytelman⁹, corresponde indicar que la imagen de un juicio oral como un ejercicio estratégico, supone dos ideas, a saber: la prueba no habla por sí sola y esta tiene su máximo aporte, si se analiza en relación con la totalidad del caso.

Es decir, apersonarse a un juicio no solo se trata de hacer llegar la prueba y que el testigo relate lo que cree saber sobre hechos

8 BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio. Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba. Santiago. Ediciones Universidad Diego Portales, 2004, p. 281.

9 BAYTELMAN, Andrés. Capacitación como fútbol. Material del curso sobre Instrumentos para la implementación de un sistema acusatorio oral. Módulo: Capacitación para la Reforma Procesal Penal. Viña del Mar, 3 al 8 de abril de 2005. Disponible en: www.cejamericas.org/documentos/cap-futbol.pdf.

determinados, sino también hacerles ver a los juzgadores una versión (una visión de conjunto) de los hechos y por qué motivo ese hecho o esa omisión encuadra en la pretensión jurídica que se está planteando.

Además, señala dicho autor que la disciplina de la litigación provee herramientas para aproximarse estratégicamente al juicio y les enseña a los alumnos a construir teorías del caso; a examinar testigos propios; a extraer de ellos la información que la teoría del caso requiere y fortalecer su credibilidad; cómo “contraexaminar” testigos de la contraparte y relevar deficiencias en su testimonio; y cómo examinar y conainterrogar peritos, etc.

Debido a las carencias actuales en destrezas y entrenamiento en temas de litigación, se presentan a continuación algunas nociones básicas que pretenden ser una herramienta para enfrentarse a una audiencia preliminar y un debate oral, de manera que sean estos los espacios aptos para extraer de los testigos y la prueba, información de calidad para brindársela al juez y fijarse que el éxito de las audiencias dependerá de la capacidad del litigante para cumplir ese objetivo.

Ahora bien, primero se aborda un aspecto estratégico en la litigación que constituye la formulación de la teoría del caso y luego se detallan algunas destrezas para la obtención y manejo de información en los juicios orales.

1.- La teoría del caso

En primer término, se le recomienda al abogado litigante imaginarse que un juicio es

como un rompecabezas que, a medida que se avanza en las diferentes etapas procesales, es armado por las partes con la prueba que se recibe en el juicio, acompañado por un alegato de apertura donde se anuncia el caso, y un alegato de clausura donde se expone cómo la prueba cumple con las proposiciones fácticas de la teoría del caso¹⁰.

Si en un proceso contencioso administrativo, se llega a la fase de juicio oral y público, entre otras razones, es porque existe la necesidad de recibir prueba diferente de la documental para probar hechos sobre los que no existe conformidad entre las partes¹¹. Es decir, en esos casos, las partes tienen versiones antagónicas de los hechos objeto del conflicto, o bien, coinciden en los hechos u omisiones, pero divergen en las consecuencias legales de esa realidad.

La teoría del caso viene a ser la versión del conflicto que el abogado le va a someter al juez y es, justamente, la visión o el filtro por el que deben pasar todos los argumentos, la prueba testimonial, la prueba documental, etc. El CPCA dispone que el contradictorio sea el instrumento para la verificación de la verdad real de los hechos¹². Por esta razón, el deber del litigante es –sin alterar la realidad– mostrar a los jueces una versión de los hechos u omisiones que han generado el conflicto y por los que se requiere la tutela judicial. Se recomienda que dicha teoría del caso, sea preparada desde el principio del proceso judicial, ya sea en la condición de actor o de demandado y se hace hincapié que no se pretende mentir o alterar una realidad, sino que su finalidad es ofrecer una versión o un

10 En materia penal Bergman explica que en un juicio se procura relatar una historia que sea suficiente, desde el punto de vista legal. Señala que la meta final en un juicio, es probar o refutar teorías jurídicas, pero estas son abstracciones que se alejan de la evidencia. Expone que por ejemplo tratándose de un robo, hay que demostrar ciertos elementos, a saber “la apropiación de la propiedad ajena” y “mediante la fuerza o el miedo”. Sin embargo, los relatos de las personas, por lo general, no se van a dar en estos términos, porque se tratan de abstracciones a las que el juzgador llega con base en la evidencia. Entonces, la proposición fáctica es una afirmación de un hecho que satisface un elemento legal y elimina la distancia entre la historia y la teoría legal. En consecuencia, para obtener determinada consecuencia jurídica, el abogado litigante debe afirmar una proposición fáctica para satisfacer cada uno de los elementos de una teoría jurídica. Para ampliar ver: BERGMAN, Paúl. La defensa en juicio. La Defensa Penal y la Oralidad. Buenos Aires. Editorial Abeledo-Perrot, 2° edición, 1989.

11 Ver artículos 93 y 98 del CPCA.

12 Ver artículo 85, inciso 2°, del CPCA.

punto de vista sobre los hechos u omisiones, objeto de controversia, el cual debe ser sólido, confortable, simple y creíble.

Al indicar que se presenta una tesis sólida, se quiere señalar que se maneja una única teoría del caso y no diversas posiciones que hasta pueden ser contradictorias entre sí, pues, en este caso, se le restarían seriedad y hasta credibilidad a la versión que se ofrece.

El litigio y las audiencias orales constituyen un ejercicio profesional netamente estratégico y la clave está en no olvidar la visión de conjunto de lo que está sucediendo, tanto en la audiencia preliminar, como en el juicio oral, y que toda la información que se recabe se canalice por la teoría del caso formulada.

Es imprescindible que los abogados litigantes no se pierdan en las distintas etapas o particularidades de un momento procesal, sino que mantengan la perspectiva global, incluso, desde la primera audiencia del proceso. Por ejemplo, en la audiencia preliminar está previsto el saneamiento de la causa¹³ y se dispone que uno de los aspectos que el juez tramitador debe resolver, sea la admisión de los elementos probatorios ofrecidos¹⁴.

En ese sentido, conviene que los abogados estén muy atentos a observar cuáles son los elementos probatorios que se están admitiendo, a fin de valorar cuáles proposiciones fácticas se pretenden probar con la presentación de determinado testigo o perito y, desde ese momento, se debe valorar cómo se puede hacer coincidir esa prueba dentro de la teoría del caso preparada. También desde la audiencia preliminar, se anticipan y se

identifican las fortalezas y debilidades del material probatorio que se presenta.

Como se indicó, una de las ventajas que lleva implícita el juicio oral, es la posibilidad de la contradictoriedad de la prueba. Al respecto, se insiste que la evidencia no habla por sí misma o que el relato de un testigo, no acaba en su declaración voluntaria, sino que esa prueba debe ser exhibida, ordenada y puesta al servicio del relato que se les presenta a los juzgadores, por lo que se deben combinar en forma coherente, la prueba y la teoría del caso.

El objetivo de elaborar una teoría del caso, es presentarle al Tribunal un relato coherente, claro, completo y creíble y, en ese sentido, se procura de cada prueba la información necesaria y relevante para respaldar la tesis.

La misión del litigante es guiar el proceso con sustento en la prueba que se ofrece en juicio, de manera que se extraiga y se resalte lo que es verdaderamente importante, y que la audiencia oral no se extienda en datos irrelevantes que solo podrían conducir a la confusión o la distracción de los juzgadores. Lo anterior no significa que la teoría del caso, no pueda ser flexible; todo lo contrario, la versión que se ofrece al Tribunal se va afianzando o matizando con el devenir del proceso y según el material probatorio que se exponga en el juicio oral (lo que no es lo mismo a tener muchas teorías).

Lo importante viene siendo que cada proposición fáctica de una teoría jurídica, esté sólidamente respaldada con una prueba, porque de lo contrario, la contraparte en juicio tiene la posibilidad de rebatir la teoría del caso

13 Artículo 90 del CPCA, (inciso 1º, punto a).

14 Artículo 90 del CPCA, (inciso 3º).

que se presenta, o bien, los juzgadores pueden encontrar vacíos probatorios para determinado hecho que funde una pretensión.

2.- Alegato de apertura

El alegato de apertura es una actividad vital de la litigación oral en el juicio. Está regulada en el artículo 104 del CPCA, donde se prevé la posibilidad para que las partes apersonadas al proceso, resuman los fundamentos de hecho y derecho, en donde sustenten sus pretensiones y manifiesten lo pertinente en defensa de sus intereses¹⁵. Este es, justamente, el momento procesal cuando se le presenta al Tribunal, la teoría del caso y se le ofrece un punto de vista acerca de la causa que está a punto de resolver y el enfoque que el abogado quiera presentar.

Este alegato pretende generar en los juzgadores, una primera impresión del litigio, organizándoles la información y el relato. Si el juez llega sin conocimiento del conflicto, se le proyectan la claridad, orden, sistematización y organización de la prueba. Es menester indicar que el ejercicio del alegato de apertura, no conviene ser improvisado, pues no es una mera formalidad, sino que es la oportunidad idónea y única para formularle al juez un acercamiento a la controversia, de manera que sea un esquema o una guía coherente para la audiencia. Tampoco es un ejercicio de pura retórica para que el abogado se luzca con argumentos emotivos, sino que se le proporciona contenido al caso de manera clara, sencilla y esquematizada. Si se entrega una versión de los hechos en el transcurso de la audiencia oral, debe ser respaldada con la prueba que se conozca en el juicio.

Dos consejos importantes para elaborar el argumento de apertura, son que se parta de la premisa de que los jueces no conocen nada del proceso en cuestión y, en segundo lugar, que se elabore una explicación clara y sencilla

del relato, ya que desde ese momento, se vela por la credibilidad del caso, es decir, no se formulan falsas promesas, ni se revelan demasiados detalles sobre aspectos de los que se carece material probatorio, porque eso pesará luego en el resultado del proceso. Asimismo, es recomendable cuidar los detalles, como la duración del alegato, porque se puede volver largo y aburrido, lo que conlleva la pérdida de atención de los jueces y no se cumple el objetivo previsto.

Además, uno de los principios y ventajas que fomenta la oralidad, es la intermediación que se genera entre los jueces y las partes. Esa intermediación debe ser aprovechada para humanizar el proceso, y el alegato de apertura es, justamente, el momento procesal idóneo para que el abogado personalice el conflicto.

En el caso de un proceso contencioso administrativo, por ejemplo, se individualiza a la persona que cuestiona la ilegalidad de una actuación administrativa para darle una cara al individuo que requiere una decisión sobre la legalidad de la actuación u omisión administrativa. Esto provoca la sensibilización de los juzgadores, es decir, que conozcan que existe un ser humano o un grupo de personas detrás del conflicto jurídico. Lo anterior, claro está, se encuentra condicionado a que no se trate de una larga lista de intervinientes, en cuyo caso es preferible la generalización del tipo “los socios”, los “vecinos”, los “estudiantes”, etc.

En síntesis, el alegato de apertura es un ejercicio de exposición y no de argumentación que pretende ubicar a los jueces en la escena, sobre la que versan los hechos u omisiones que se cuestionan. Por otro lado, y como lo estipula la ley, se impone dar una base jurídica para el conflicto (cómo las proposiciones fácticas se enmarcan dentro de una tesis jurídica) y, evidentemente, la pretensión concreta.

¹⁵ El artículo 104 del Código Procesal Contencioso Administrativo, dispone lo siguiente “La parte actora y la demandada, en su orden, resumirán los fundamentos de hecho y de derecho que sustenten sus pretensiones y manifestarán lo que estimen pertinente en defensa de sus intereses”.

3.- Interrogatorio de los testigos

El CPCA determina que luego del alegato de apertura, el Tribunal recibe la prueba en el orden que se indica en los artículos 105 a 109 de ese cuerpo normativo. Al respecto, el artículo 105 regula lo relacionado con la recepción del testimonio y discusión de los informes periciales. Sin embargo, la recepción de este tipo de declaraciones y la forma cómo se interroga al perito, se dejarán para más adelante. En este punto, se hace referencia a la declaración de los testigos legos, cuya regulación se encuentra prevista en el artículo 106 del CPCA que, en lo conducente, dispone lo siguiente:

Quien preside llamará a los testigos y testigos-peritos y comenzará por los que haya ofrecido el actor y continuará con los propuestos por el demandado [...]

Y de relevancia para este tema dispone el artículo 107 lo siguiente:

- 1.- Después de juramentar e interrogar al perito, testigo o testigo-perito sobre su identidad personal y las circunstancias generales para valorar su informe o declaración, quien preside le concederá la palabra para que indique lo que sabe acerca del hecho sobre el que versa la prueba.
- 2.- Al finalizar el relato, permitirá el interrogatorio directo. Iniciará quien lo propuso, continuarán las otras partes, en el orden que el Tribunal considere conveniente. Luego, podrán interrogar los miembros del Tribunal [...].

Si bien el nuevo cuerpo normativo dispone la manera en que se va a desarrollar el testimonio de los testigos y los peritos, los abogados litigantes están en la obligación de cuestionarse la razón por la que resulta relevante aprender destrezas para realizar

interrogatorios. Ante esa inquietud, en primer lugar, se resalta que, en principio, los jueces resuelven el litigio con sustento en el material probatorio incorporado en la audiencia.

Ahora bien, el Código dispone que la declaración del testigo comience con una narración abierta sobre el hecho que viene a declarar. Sin embargo, en ese testimonio pueden existir detalles que al testigo se le escapan y pueden constituir un relato muy genérico, y así surge la importancia de que el litigante extraiga durante el interrogatorio, la información necesaria que le va proveer contenido a su teoría del caso.

Nótese que es improbable que un abogado litigante, gane su caso a punta de conclusiones carentes de material probatorio que las respalde y, ante los vacíos en las declaraciones de los testigos, el abogado debe conducirlos para que brinden esa información relevante para su tesis.

Antes de entrar en especificaciones, es necesario recalcar que el propósito de un interrogatorio, es obtener de un testigo, información en un orden claro y lógico, de manera que el juez entienda, acepte y recuerde el testimonio del deponente. Por lo anterior, se resalta que el protagonista en la fase probatoria de un juicio, es el declarante y no el abogado. De esta manera, en la medida de lo posible, debe examinarlo de forma tal que no llame la atención sobre sí mismo y, más bien, debe centrar en el testigo, el contenido de su declaración y la forma en que este desarrolla sus ideas.

La doctrina ha señalado que el examen directo de los testigos, tiene cuatro objetivos: la acreditación o legitimación del declarante; la extracción de proposiciones fácticas de su testimonio; la introducción de documentos relevantes en el juicio, o bien, sirve para acreditar otras pruebas que requieren ser introducidas en el conflicto¹⁶.

¹⁶ BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio. Óp. cit.

Con base en esos objetivos, conviene que el interrogatorio directo sea planeado casi de previo al ofrecimiento del testigo y a su aceptación en la audiencia preliminar, pues es menester hacer un examen de su eventual declaración: ¿qué información relevante puede aportar en el juicio? y ¿qué parte de la teoría jurídica viene a respaldar? Asimismo, otro aspecto por valorar en conjunto con el contenido, es la organización lógica con la que se planea el interrogatorio, por ejemplo, puede ser en un orden cronológico o se puede dividir por temas.

Finalmente, se recomienda a los abogados que antes de estructurar un interrogatorio, se cuestionen cuál es el punto fuerte de la declaración del testigo, para que no incurran en las equivocaciones más comunes, como lo son: tardar demasiado en preguntar detalles carentes de importancia, o bien, no ahondar y pasar por alto los pormenores verdaderamente importantes para darle soporte a su teoría del caso.

Es recomendable que el interrogatorio directo dé inicio con la acreditación del testigo; si bien no se trata de una regla, es importante para que su testimonio sea convincente. En otras palabras, el testigo es ofrecido por una parte y los miembros del Tribunal, en su libertad de valoración de la prueba, podrían considerar que su declaración está comprometida con la parte que lo ofrece, y aunque hizo una declaración perfecta del conflicto en cuestión, podrían estimar que nada de lo que dijo, es cierto por tener algún tipo de interés en las resultas del proceso judicial.

Allí surge la necesidad de que se les muestre a los jueces, quién es el testigo y por qué se le debe creer lo que está narrando en el debate. Entonces, aunque el Código indica que se juramenta al testigo y luego se le interroga sobre su identidad personal y circunstancias generales para la valoración de su declaración, no está de más que el abogado que ofrece al testigo, realice unas breves preguntas sobre algunos antecedentes personales relevantes

para acreditar que su relato es creíble y confiable.

Sobre cuáles aspectos específicos se debe acreditar al testigo, dependerá de cada caso concreto y, en específico, de la información que se pretende extraer con su testimonio. Por ejemplo, cuando se deben valorar el contenido de la narración que va a rendir, los vínculos con las personas o con las instituciones involucradas en el litigio, sus capacidades de percepción sobre los hechos que va a describir, su experiencia y conocimientos, en casos donde se va a requerir algún conocimiento o experticia, etc.

El abogado litigante evalúa todos estos aspectos, así como la intensidad y el área de la acreditación, antes de la formulación de un interrogatorio para dotar de credibilidad a la prueba que está ofreciendo, y evitar que el Tribunal determine sus propias conclusiones e impresiones de un testigo. Igualmente, a través de las preguntas de acreditación, se introduce al declarante en la vertiginosidad del debate, para que este se sienta cómodo y rinda su declaración con toda tranquilidad.

Luego de la acreditación, se continúa con el relato de los hechos. Se insiste que el Código dispone que la declaración del testigo sea espontánea, y es el propio Tribunal el que le concede la palabra para que este indique lo que sabe acerca del hecho sobre el que versa la prueba. No obstante, dicha declaración puede ser muy básica. Así el abogado debe recurrir al interrogatorio directo, para que el declarante narre los hechos y exponga las proposiciones fácticas, conforme a lo que se espera de él.

De esta forma, es necesario que se les esboce a los juzgadores, una imagen mental de los hechos, mediante un examen directo que procure ser completo y exacto. A través de este examen, se intenta obtener del testigo, todas las proposiciones fácticas posibles que este pueda acreditar. Por lo tanto, antes de que se presente la formulación del interrogatorio, es

imprescindible que el litigante esté seguro de cuál es su teoría del caso y que esta no puede tener “parches”. También debe conocer cuál es el aporte del declarante de manera que este brinde la mayor cantidad de información posible, para que luego no queden vacíos sin suficiente prueba que respalde su posición.

Al respecto y, citando textualmente a Baytelman y Duce, es menester resumir lo dicho, de la siguiente manera:

[...] *La rigurosidad en el tratamiento de los temas, pues, no consiste en guiar al testigo para que diga todo lo que sabe, sino, más bien, para que diga todo lo que sirve y, desde el punto de vista del litigante, esto es todo aquello que fortalece su teoría del caso o debilita la de la contraparte [...]*¹⁷.

Ahora bien, respecto a la pretensión de que el testigo diga todo lo que sabe, se hace la salvedad de que, por el contrario, hay que cuidarse de no sumirse en demasiados detalles que distraigan del contenido más importante de la declaración.

Además, se debe procurar equilibrarla en cuanto al tratamiento de los detalles, para que se indiquen los suficientes como para tener por cierta la versión; pero no se debe insistir demasiado para no perder de vista, el objetivo de ese testimonio.

Sobre la presentación de la prueba, el Código dispone en el artículo 106, inciso 1º, que primero se recibirá la prueba ofrecida por el actor y luego le corresponde el turno al demandado. No obstante, el propio litigante debe escoger el orden en que se presenta cada testigo o perito, según lo considere más conveniente.

Al respecto, existen algunas recomendaciones para el abogado, a saber: una primera opción es presentar los testigos con declaraciones

más fuertes al principio y/o al final de su turno, dependiendo de dónde se le quiere poner mayor énfasis a la prueba. Otra alternativa constituye ordenar la prueba en un orden cronológico y, de esa forma, se les ayuda a los juzgadores a fijarse una historia del conflicto, de manera que cada testigo declare sobre algún aspecto del caso en forma coherente y cronológica. Finalmente, existe la posibilidad de organizar la prueba en el sentido de que el primer testimonio –cuando los jueces están más frescos y dispuestos a escuchar las declaraciones– sea el de un “testigo estrella”, y luego los demás testimonios vienen a suplir otros detalles de la declaración principal.

Como se ha venido señalando, el Código establece que la persona narra lo que sabe sobre el hecho y, en seguida, prosigue el examen directo; empieza el abogado que lo propuso; después continúan las demás partes, y luego los miembros del Tribunal.

Respecto a las técnicas para el interrogatorio, existen dos posibilidades:

- 1) Preguntar sobre los hechos y sus respectivos detalles.
- 2) Que el testigo relate la historia completa. Y, seguidamente, se debe volver por los detalles de importancia. La reciente regulación al proceso contencioso, prevé la declaración de esta segunda manera, lo cual les permite una mejor claridad a los juzgadores, es decir, les provee un panorama completo de la situación y, luego, mediante el interrogatorio directo, se amplía la declaración a través de la especificación de los detalles.

Una importante técnica para elaborar el interrogatorio y que el mismo sea productivo y creíble, es que el abogado esté consciente de que el protagonista, al momento de la interpelación, es el testigo y no su examinador. Por lo anterior, se requiere formación sobre las preguntas

17 BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio. Óp. cit, p.118.

que son permitidas en los interrogatorios y cuáles están del todo prohibidas, a efectos de fundamentar una objeción.

A continuación, se presenta una breve reseña del tipo de preguntas que se pueden formular en el juicio y, posteriormente, se expresan las objeciones posibles ante preguntas evidentemente prohibidas por el ordenamiento jurídico. Así, respecto de la obtención del testimonio y la importancia del interrogatorio directo, la doctrina ha señalado lo siguiente:

*[...] Las preguntas son importantes en el interrogatorio directo, no porque ellas mismas posean un significado directo, no porque ellas mismas posean un significado probatorio, sino porque son el instrumento que uno utiliza para determinar el contenido y el alcance de las respuestas de los testigos, y por consiguiente influir sobre el efecto y la credibilidad del testimonio [...]*¹⁸

3.1. Preguntas abiertas

Las preguntas abiertas o también llamadas por algunos como narrativas, son aquellas interrogantes generales que invitan al testigo, a dar una respuesta con sus propias palabras. Las interpelaciones de tipo abierto-narrativas pretenden extraer del testigo, una serie de hechos y que este desarrolle ampliamente alguna información (imponen una respuesta narrativa del testigo). Mientras que la pregunta abierta requiere del deponente, una respuesta concreta limitada a un solo hecho en particular.

La doctrina que ha desarrollado un análisis sobre el tema, coincide en que este tipo de preguntas eleva la credibilidad de los testigos, pues permite que estos desarrollen

su declaración en forma libre y espontánea. Además, evita que el juez considere que se trata de un evento ensayado¹⁹. Una ventaja adicional que se le reconoce a este tipo de preguntas, es que minimizan la presencia del abogado en la escena del litigio y procuran que el declarante sea el centro de la atención. También limitan las posibilidades de objeción provenientes de la contraparte, motivo que permite realizar una declaración fluida.

De esta manera, ante la formulación de preguntas abiertas, el testigo puede limitarse a contar, en forma muy genérica, un hecho concreto. Ante esa situación, el abogado litigante está frente a la posibilidad de recurrir a la formulación de preguntas de seguimiento, que puede ser una pregunta abierta o cerrada, pero que está focalizada a extraer algunos detalles más específicos en la narración. Igualmente, puede ocurrir lo contrario, por ejemplo, que el testigo se extienda en demasiados detalles irrelevantes en el marco de la teoría del caso, y que su declaración se vuelva monótona.

Frente a esa eventualidad, se recurre a las preguntas de seguimiento (como las preguntas de ubicación temática o de aspectos cronológicos) que son utilizadas para modular la narración y que la persona no se enmarañe en detalles innecesarios o brinde una opinión no calificada sobre el hecho del que se le interroga. Incluso, este tipo de preguntas puede utilizarse para transitar de un tema a otro, sin que la declaración del testigo se torne aburrida.

Por último, este tipo de preguntas abiertas y de seguimiento, constituye un estímulo para la memoria del testigo, pues en medio de su declaración, es probable que se le escapen algunos aspectos de importancia. Cuando

¹⁸ BERGMAN, Paúl. Óp. cit., p. 80.

¹⁹ Baytelman y Duce consideran que la ventaja de las preguntas abiertas, es que tienen el efecto de elevar la credibilidad del testigo, pues es una consecuencia natural del hecho que le permite a este explicarse en sus propias palabras, y posibilitan al juzgador evaluar el grado de conocimiento que tiene de los hechos. Mientras que Bergman también recomienda este tipo de preguntas en el interrogatorio directo, porque elevan la credibilidad del testigo, pues estos están en libertad de describir los hechos con sus propias palabras. Sostiene que en lugar de aparentar que se ofrecen respuestas memorizadas y programadas, los testigos eligen sus propias palabras y resulta típico que las respuestas sean más vivaces y quizá incluso emotivas, además que son una forma natural del diálogo social.

eso ocurre, es deber del abogado conducir al testigo, mediante la formulación de preguntas de seguimiento, destinadas a extraer detalles en su testimonio.

3.2 Preguntas cerradas

Son preguntas admisibles y útiles en una audiencia oral, pues pretenden obtener una respuesta concreta de parte del declarante, sin que, a diferencia de las preguntas sugestivas, el abogado ponga información en el dicho del testigo. Es decir, no sugieren la respuesta que debe brindar el testigo, pero tampoco prevén una declaración narrativa abierta, sino que más bien, le dejan poco espacio para describir un hecho en sus propias palabras: lo focalizan. Asimismo, a través de las preguntas cerradas, se trata de extraer detalles que son importantes, a la luz de lo previsto por el abogado y su teoría del caso.

Bergman le reconoce diversos fines a la utilización de las preguntas cerradas, entre los que se pueden citar: aportar detalles que nunca aparecerían en la declaración abierta del testigo; afirmar la credibilidad del testigo al demostrar que recuerda claramente los hechos; resaltar que determinado hecho no sucedió de manera que el testigo niegue alguna porción de información brindada por el interrogador; refrescar la memoria del testigo y dotar organización a la declaración²⁰.

También se le reconoce la ventaja que le confiere al abogado, cierto control sobre la declaración y a cuáles aspectos relevantes se les otorga una mayor relevancia. Sin embargo, no es recomendable abusar de las preguntas cerradas, pues le restan credibilidad al testimonio, y el abogado tiene más protagonismo que el propio testigo, mermando en la calidad de la declaración e influyendo de manera negativa, sobre la memoria y credibilidad que se puedan formar los jueces.

Es necesario destacar que el uso único de preguntas abiertas o cerradas, puede tornar aburrida la declaración de un testigo y que los jueces ignoren, tanto las preguntas como las respuestas formuladas. Por lo tanto, el éxito de un buen interrogatorio dependerá –en gran medida– del uso intercalado de las preguntas que se proponen para variar el examen en forma periódica, y que se fortalezcan las ventajas de cada tipo de preguntas.

3.3 Preguntas sugestivas

La utilización de preguntas sugestivas está expresamente prohibida en el CPCA. Indica en lo conducente el artículo 107, inciso 3º, lo siguiente: “[...] 3.- Quien preside moderará el interrogatorio y evitará que el declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes [...]”.

Las preguntas sugestivas son las que incorporan la respuesta en la interpelación formulada al testigo; es decir, solo le permiten al testigo afirmar o negar el contenido de la pregunta que se le enuncia. En realidad, son afirmaciones unidas a algún elemento gramático que las convierte en preguntas y pretenden dar por asentado, un elemento que no ha sido declarado por el testigo.

Como se señaló, están prohibidas por el ordenamiento jurídico y, en principio, le corresponderá al Tribunal evitar la formulación de este tipo de preguntas y, en segundo lugar, podrían ser objetadas por la contraparte. Sin embargo, el propio litigante debe estar consciente de que, por sí misma, una pregunta sugestiva no le trae ventajas, sino que, por el contrario, le resta credibilidad, calidad y fuerza a la declaración de su testigo.

3.4. Preguntas capciosas

Como se señaló, las preguntas capciosas también están prohibidas en un juicio oral,

20 BERGMAN, Paúl. Óp. cit., pp. 91-92.

porque son del tipo de interpelaciones que inducen o fuerzan a error al testigo en la declaración que está brindando. También producen información de mala calidad y constituyen un “antivalor” del sistema judicial.

Finalmente, para terminar el punto, en términos generales se sugiere tomar en consideración, algunos detalles, durante la formulación del interrogatorio directo de testigos. Por ejemplo, se puede mencionar que el “reciclaje de temas”, solo se utiliza para dar énfasis a algún aspecto de la declaración o para rescatar puntos inconclusos que fueron expuestos en términos muy generales, y se aplica, únicamente, cuando cumple una función esclarecedora, pues en el caso de que no aporte detalles importantes que colaboren en el descubrimiento de la verdad o para mejor resolver el caso, entonces no tiene sentido volver sobre temas ya ventilados²¹.

Por otra parte, el litigante debe tener el necesario cuidado para expresarse en lenguaje común y utilizar las expresiones técnicas, solo cuando sea estrictamente necesario, de manera que el testigo siempre esté en la posibilidad de entender lo que se le está requiriendo. Asimismo, le corresponderá al abogado velar para que el deponente se haga entender y que su testimonio sea lo más claro posible y, si es necesario, debe pedirle al testigo que se explique en términos más claros.

Además, se recomienda evitar la lectura de las preguntas en el juicio, lo que no significa que el abogado no puede apoyarse en guías temáticas sobre los puntos que desea obtener en cada caso. En último lugar, el abogado requiere estar muy alerta y atento a la declaración que haga el testigo y debe prestar atención a sus respuestas, de modo que controle el desarrollo del testimonio y utilice la respuesta para ir a una siguiente pregunta.

4.- *Contraexamen de testigos*

El contraexamen de los testigos está permitido por el CPCA en el artículo 107, inciso 2º, lo que tiene toda la lógica de un sistema oral, pues la inmediación y el contradictorio permiten a los jueces, valorar la calidad de la prueba y los testimonios que son ofrecidos en juicio. Precisamente, a través de un contraexamen, se pone a prueba la calidad de la información y se ofrecen diferentes versiones de los hechos.

La técnica de contrainterrogar a los testigos, cumple diversas funciones, entre las que se pueden citar las siguientes: revelar defectos de la prueba que pudieron ser reservados por la contraparte, debido a la debilidad que se podía extraer de esos detalles y testar la calidad de la información que se ha brindado, pues equivale a un filtro para hallar esas debilidades o irregularidades en la prueba.

Antes de la formulación de un contrainterrogatorio, es fundamental tomar la decisión de que si es conveniente realizarlo o no, lo cual dependerá de la teoría planteada del caso y sobre cuáles aspectos se debe resaltar y cuáles se deben ocultar, por lo que la realización de un examen de la contraparte, no es automática.

El consejo es proyectarse lo que puede suceder en el debate, antes de que este se lleve a cabo y evitar el elemento sorpresa, pues ante todo el contraexamen, no es una fase procesal para pescar información que el abogado desconoce, sino más bien este sabe, de previo, cuáles son las debilidades que va a mostrar en la audiencia, o bien, cuáles elementos conoce el testigo que pueden darle soporte a su teoría del caso.

Además, una técnica para elaborar un contraexamen, es no llevar las preguntas por escrito, sino más bien estar muy atento

21 QUESADA PACHECO, Jorge Arturo. Óp. cit., pp. 95-97.

a la declaración del testigo para apuntar debilidades, contradicciones o información que pudiera estar incompleta.

La doctrina le ha reconocido algunos objetivos específicos al contraexamen²², a saber:

- 1) Desacreditar al testigo, basándose en información concreta y no en meros prejuicios. Por ejemplo, al señalarse que un testigo ha sido encontrado culpable por falso testimonio en otros procesos anteriores. Recuérdese que la prueba es valorada libremente por los jueces, así que a través de un contraexamen, se podría demostrar que la fuente no es confiable o que su testimonio no resulta verosímil por existir intereses personales de por medio.
- 2) Desacreditar el testimonio pero por las condiciones de percepción del testigo, en relación con los incidentes que motivan el conflicto: la luz, la distancia, etc.
- 3) Acreditar la proposición fáctica mediante el soporte a una versión de los hechos.
- 4) Introducir al juicio pruebas, tales como objetos y documentos.
- 5) Resaltar y poner en evidencia inconsistencias entre los testigos de la contraparte.

La estructura de un contrainterrogatorio difiere en la organización de un examen directo en el hecho que aquel es temático y no cronológico. Es decir, se van repasando algunos ejes temáticos, dependiendo del objetivo que se haya planteado. Ahora bien, las líneas de contraexamen dependerán, justamente, de los objetivos específicos formulados, en relación con la teoría del caso.

Una de las características substanciales de la litigación en un juicio oral, es la contradicción y esa es una de las principales razones por las que la doctrina reconoce que las preguntas sugestivas, sí son permitidas en los contraexámenes. Como se señaló, la idea del examen directo es que el testigo relate una

historia o un hecho en sus propias palabras. Mientras que en el contraexamen, el testigo ya rindió su declaración, por lo que no se le está poniendo información en su boca, sino que el contra examinador recapitula lo dicho por la parte, pero le pregunta sobre un punto concreto, dándole una “realidad” o percepción diferente de la ofrecida por el testigo, durante su declaración.

La información va a fluir a través del abogado, quien pretende superponer una nueva realidad de los hechos narrados en forma unilateral por el testigo. Nuevamente, si el contraexamen pretende la contradicción en la prueba y se erige como un filtro, las preguntas deben explorar debilidades y otras versiones o consecuencias jurídicas a los hechos relatados.

Así, por la forma del litigio, se debería comprender que las preguntas sugestivas en este momento procesal, son permitidas y, además, que se deberían combinar preguntas abiertas en donde, eventualmente, el testigo puede incurrir en contradicciones con las preguntas cerradas, para evitar que sea el abogado quien figure en la audiencia.

Lo más recomendable también en el caso de un contraexamen, es que se intercalen las preguntas para darle agilidad al ejercicio, pero se deben realizar, solamente, las preguntas estrictamente necesarias y no se debe incurrir en cuestionamientos adicionales carentes de una motivación. Así surge la importancia en detectar el momento preciso, cuando se debe finalizar la interpelación.

Es menester tomar en consideración que este no es un ejercicio argumentativo, pues el razonamiento respectivo sobre la prueba, se elabora en el alegato de clausura y no en este punto procesal. Por ejemplo, a través de un contrainterrogatorio, se ponen en evidencia las contradicciones del testigo, pero la argumentación sobre esas irregularidades,

22 BERGMAN, Paúl. Óp. cit. Y también es un esquema rescatado por Bayteman y Duce.

se deja para el final. Además, no se deben plantear preguntas sin un orden claro y lógico, sino más bien se deben elaborar preguntas temáticas, en relación con lo que se quiere demostrar o desacreditar, en respaldo a la teoría del caso.

En estas líneas, apenas se dejan esbozadas algunas ideas de cómo formular un conainterrogatorio útil, lo que implicará, además, mucha preparación práctica de parte de los litigantes, si se quiere obtener información de calidad durante el juicio oral.

5.- Objeciones

El Código dispone que le corresponde a quien preside la audiencia, moderar el interrogatorio y evitar que el testigo o declarante, conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes. Sin embargo, también reconoce el derecho que tienen las partes de impugnar las resoluciones de quien preside que limiten el interrogatorio, o bien, de objetar las preguntas que se formulen²³.

La objeción es el mecanismo mediante el cual, las partes manifiestan su disconformidad con la actividad de la contraparte que pueda afectar los derechos o poner en riesgo las reglas del juicio.

La posibilidad de objetar determinadas preguntas, es una consecuencia de la contradictoriedad que orienta la idea de un juicio oral, pues las partes tienen el derecho de intervenir activamente en la producción y control de la prueba que se ventila en el juicio y es, precisamente, una prerrogativa para controlar a la contraparte durante la audiencia.

A mayor abundamiento, la posibilidad de objetar en un juicio oral y público, conlleva un valor de confianza en el sistema que pretende, justamente, el respeto y la dignidad hacia los testigos que comparecen a una audiencia, de manera que sean estos

los que produzcan la prueba, y no que a través de preguntas ilegítimas, el abogado introduzca razonamientos y hechos en la boca del declarante o perito, como parte de su testimonio, y que no se produzca información equivocada o extraída, como consecuencia de la confusión o la instigación hacia los testigos.

Nuevamente, se insiste que la presentación y argumentación de objeciones, requieren mucha destreza de parte del litigante, pues en segundos debe razonar estratégicamente, si es relevante o no objetar una pregunta y, además, debe argumentar en forma fundada la objeción, pues no hay una forma preestablecida para objetar, sino que el procedimiento dependerá de las circunstancias del caso concreto.

La mejor técnica para presentar objeciones, es reconocer el tipo de preguntas que están prohibidas por el Código (capciosas, sugestivas e impertinentes), para que en el medio de la vertiginosidad del juicio, se esté en posibilidad de solicitar de manera fundada, la objeción a la pregunta mal planteada por la contraparte.

Asimismo, conviene que dichos aspectos sean repasados por jueces y aspirantes a jueces de Tribunal, para no formular preguntas ilegítimas y para resolver fundamentadamente las objeciones de los litigantes.

Interpreto que, atinadamente, el Código dispuso que al objetar las preguntas, el miembro del Tribunal que preside la audiencia, “podrá” ordenar el retiro temporal del declarante para efectos de fundar la objeción, de manera que es una decisión potestativa y no obligatoria, pues en muchos casos, si el testigo permanece en la sala de audiencias, escucharía el alegato del abogado que formula la pregunta y entendería cuál información pretende extraer de su parte, o bien, el juez decide que el testigo no salga, porque inmediatamente el abogado examinador elimina o reformula la pregunta.

²³ Ver artículo 107, inciso 3º, del Código Procesal Contencioso Administrativo.

Por tanto, si se plantea una objeción y se decide mantener la pregunta, esta debe estar muy bien fundada, porque de lo contrario, la audiencia podría tornarse peligrosamente lenta.

Respecto de los jueces, a estos les corresponderá observar las intenciones del abogado interrogador para determinar, si su pregunta es o no procedente.

Igualmente, el CPCA dispone que al presidente del Tribunal le corresponde evitar hostigamientos o presiones ilegítimas hacia el testigo. Pero en el caso de que el juez no lo esté considerando así, es obligación del abogado hacer manifiesta esa presión indebida y presentar las respectivas objeciones.

La objeción debe ser formulada justo después de que se planteó la pregunta que se estima ilegítima y antes de que el testigo la conteste. Respecto del fundamento, no se trata de un largo discurso, sino que da cuenta en forma breve, del problema que conlleva la pregunta mal ejecutada.

La decisión de objetar también es estratégica, pues no se realiza de manera automática, solo porque la pregunta está mal formulada, sino en relación con una eventual afectación a la teoría del caso. Además, la presentación de objeciones no debería ser demasiado insistente, porque es contraproducente para la continuidad del juicio.

6.- Examen de testigos-peritos y peritos

La doctrina define que los peritos son aquellas personas que cuentan con una experticia especial en un área de conocimiento, derivada de sus estudios o especialización profesional, del desempeño de ciertas artes o del ejercicio de determinado oficio²⁴.

Así, lo que diferencia a un testigo lego de un perito, será que este es llevado al juicio para declarar algo en lo que su conocimiento es requerido y que le permite brindar opiniones y conclusiones relevantes, acerca de dicha materia.

Mientras tanto, los testigos-peritos o testigos-expertos son aquellos a los que les constan hechos del juicio y vienen a rendir declaración sobre esa situación fáctica que conocen. No obstante, en la medida que tengan alguna experiencia sobre los acontecimientos que se le cuestionan, por ejemplo, un médico, un contador, etc., pueden rendir una opinión válida sobre el tema.

La declaración de los peritos en los juicios contenciosos administrativos, está prevista en el artículo 105 del CPCA y empieza por señalar que:

- 1.- “Durante el Juicio Oral y Público, se discutirán el o los informes periciales.
- 2.- Serán llamados los peritos que fueron citados y responderán las preguntas que se les formulen.”

En primer término, es menester entender que si se va a discutir en la audiencia un informe pericial, necesariamente, debe comparecer el autor de ese dictamen, pues el informe previo no sustituye la declaración del perito en el juicio, sino que su incorporación debe hacerse amparada al principio de la contradicción, y debe estar sometido al examen directo y al contraexamen de las partes. Así no es prudente sustituir la declaración del perito por la lectura de los informes periciales, como lo prevé el artículo 105, inciso 4º. En ese caso, es más prudente la previsión que se hace en el inciso 3º sobre la facultad del perito para consultar documentos, notas escritas o publicaciones, como ayuda durante su declaración.

24 BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio. Óp. cit., p. 294. Por otra parte, por ejemplo, nuestro Código Procesal Civil dispone en el artículo 401 que la prueba pericial procede, cuando haya que apreciar hechos o circunstancias que exijan “conocimientos extraños al Derecho”. Asimismo, el artículo 213 del Código Procesal Penal dispone “Peritaje. Podrá ordenarse un peritaje cuando, para descubrir o valorar un elemento de prueba, sea necesario poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, artículo o técnica”.

Además, el propio artículo 94, inciso 6, dispone las formalidades en la presentación del dictamen pericial, el cual, se realiza por escrito “sin perjuicio del informe oral”. De esta forma, se reitera que lo que cuenta es su declaración en la audiencia, pues permite a las partes demostrar eventuales inconsistencias.

Al respecto, se resalta lo dispuesto en el artículo 85 sobre la necesaria promoción del contradictorio como instrumento para verificar la verdad real de los hechos, y en un sistema oral adversarial, se somete la imparcialidad e idoneidad profesional al ejercicio de la contradictoriedad²⁵.

En definitiva, en un sistema de juicio oral, público y contradictorio, los informes periciales no deben considerarse prueba documental, sino que ante todo debe prevalecer el testimonio rendido en el debate.

Para efectos del interrogatorio, no es conveniente que la declaración del perito se agote en su testimonio espontáneo, porque puede suceder que su declaración técnica, no se enmarque dentro de la teoría del caso formulada por el abogado; se le escapen detalles importantes o se detenga en aspectos irrelevantes. Si ello ocurre, la parte que lo propuso está en la obligación de formular un examen directo, porque a través de este se focaliza la información que interesa al juicio y, además, sirve para aclarar aspectos técnicos.

Si bien el Código dispone en el artículo 107, inciso 4º, que “Los peritos, testigos y testigos-peritos expresarán la razón de sus informaciones y el origen de su conocimiento”,

su acreditación no debe concluir allí, pues esa razón puede verse limitada. Así, al momento de preparar el interrogatorio directo, se enfocan estos dos aspectos básicos: la credibilidad del testigo y los procedimientos utilizados para llegar a determinada conclusión.

Al igual que se hace en los interrogatorios a los testigos legos, al perito se le plantean preguntas destinadas a acreditar su veracidad en el juicio y, específicamente, en el área de su conocimiento o experticia, pues es muy importante demostrar su idoneidad para efectos de autenticidad del testimonio.

También se le cuestiona sobre el método o el procedimiento para llegar a determinada conclusión, porque el resultado en su dictamen, no solo depende de su idoneidad como profesional, sino también de la ejecución de procedimientos estandarizados en su área específica del conocimiento para obtener los resultados esperados.

Los interrogatorios a los peritos, también difieren en la estructura, ya que en estos casos no serán cronológicos, sino que son temáticos y cubren las conclusiones y luego los métodos seguidos, para arribar a esas determinaciones.

Finalmente, le corresponde al litigante velar por el uso del lenguaje del perito, de manera que este utilice un lenguaje sencillo que sea de comprensión para el Tribunal y, si es necesario, debe explicarle el contenido de los términos técnicos que pueden ser comunes en el ámbito de su experticia, pero no para los jueces y los abogados.

25 Para poner solo un ejemplo, nuestro Código Procesal Civil en el artículo 71, dispone algunas causales de recusación de peritos en los juicios, las cuales también podrían ser discutidas en un debate de esta índole, como lo son: carecer de condiciones perceptivas necesarias para adquirir cabal conocimiento del tema sobre el que versa el peritaje; falta de discernimiento suficiente para apreciar con exactitud sobre el hecho que verse el peritaje; haber rendido el dictamen por fuerza, miedo, error o soborno; ser socio, dependiente o empleado del que lo presenta; tener interés directo o indirecto; haber sido condenado por falso testimonio o por delitos contra la fe pública o contra la propiedad; ser amigo íntimo del que lo presenta o haber enemistad grave entre él y el litigante contrario; y la falta de pericia.

7.- **Contraexamen de los peritos**

En relación con este punto, se hace la observación de que el contrainterrogatorio de los peritos, difiere al de un testigo lego y constituye un ejercicio más complicado para el abogado litigante, en tanto se impone que este se sumerja en la experticia del perito para poder atacar sus conclusiones. Sin embargo, sí es posible desacreditar su experiencia o idoneidad. Igualmente, se destaca que el CPCA prevé la posibilidad de que la parte proponga a otro perito diferente al designado, ya sea para sustituir al primero o para rendir otro informe²⁶.

Así, con fundamento en las conclusiones del segundo perito, se podrían desmeritar las conclusiones o resultados aportados por el experto elegido originalmente.

8.- **Introducción de prueba documental en el juicio**

La lógica del sistema de juicio oral regido por los principios de la inmediación y la concentración, implica que la prueba documental también sea aportada al proceso, bajo mecanismos que permitan la contradicción.

De esta forma, se debe procurar que cuando sea posible sustituir la prueba documental por testimonial, se opte por esta última.

El CPCA dispone en el artículo 82, inciso 3º, que las pruebas podrán ser consignadas y aportadas al proceso, mediante cualquier tipo de soporte documental, electrónico, informático, magnético, óptico, telemático o

producido por nuevas tecnologías. Asimismo, establece en el inciso 5º que: Las pruebas que consten en el expediente administrativo, cualquiera sea su naturaleza, serán valoradas por el Juez como prueba documental, salvo que fuere cuestionada por la parte perjudicada a través de los medios legales pertinentes.

Ahora bien, tratándose de procesos contenciosos administrativos en donde existen –de previo– largos procedimientos administrativos, se tendería a pensar, como ha sido lo tradicional, que no es necesario un juicio oral, porque toda prueba consta en el expediente administrativo que es valorada como prueba documental.

Sin embargo, el propio Código prevé en el artículo 83, inciso 1º, la posibilidad de que las partes, el juez tramitador o el Tribunal

[...] podrán requerir la declaración testimonial del funcionario o funcionarios que hayan tenido participación directa o indirecta, en la conducta administrativa objeto del proceso. [...].

Así, se reitera que pese a que existe soporte documental u otro que acredite alguna proposición fáctica de importancia para la teoría del caso, se debería procurar introducirla al juicio, mediante la combinación “introducción prueba material-testimonio del testigo”.

En efecto, no es posible incorporar prueba documental o material, sin su necesaria acreditación de la parte, sea un testigo o un funcionario que atestigüe sobre su fuente; la introduzca dentro del relato que se les presenta a los juzgadores y confirme el contenido y procedencia de esa prueba²⁷.

²⁶ Ver CPCA artículo 94, inciso 3º.

²⁷ Baytelman y Duce elaboraron una guía práctica de acreditación de objetos y documentos en el juicio que consideran cumplen con la necesidad de acreditación de la prueba: 1) Se elige un testigo idóneo que reconozca el objeto o documento. 2) Se le exhibe la prueba y se le interroga si lo reconoce. 3) Le solicita razones de su reconocimiento. 4) Se ofrece como prueba en la audiencia oral. 5) Se inserta el objeto o el documento dentro del relato. Óp. cit., pp. 270-271.

9.- Alegato final o de clausura

La facultad de realizar alegatos finales o de clausura en un proceso contencioso administrativo, está prevista en el artículo 98, inciso 2º, tratándose de la audiencia preliminar²⁸ y en el artículo 109 para el juicio oral²⁹.

El alegato final no debe abordarse como una mera formalidad, sino que es el ejercicio argumentativo por excelencia, previsto para extraer conclusiones de la prueba que se ha presentado durante el juicio. El alegato final pretende ser una especie de “borrador de sentencia” para los juzgadores, de manera tal cómo se presentan los hechos y cómo estos fueron demostrados durante la audiencia. Además, esas proposiciones fácticas se enmarcan dentro de la teoría jurídica que fundamentó el caso. Implican unificar o dar coherencia a todo lo que se ha observado durante la audiencia.

Nótese que durante la recepción de la prueba, no es procedente que el abogado litigante adelante conclusiones de lo que se está viendo o escuchando, sino que todas esas cuestiones se dejan para el final, mediante ese ejercicio de unificación de las probanzas.

No se trata entonces de un discurso cargado de oratoria, más bien, constituye una síntesis clara y concreta de las pruebas y declaraciones que se han recibido en el debate y cómo estas fundamentan la teoría del caso; es decir, cuál prueba demuestra el argumento o hecho del conflicto (análisis de la prueba).

Igualmente, es una posibilidad que el abogado litigante se refiera a la credibilidad de su prueba y de su caso, en detrimento de la autenticidad de la tesis expuesta por su contraparte. Recuérdese, en este punto, que al tratar el tema de la veracidad del testigo de la contraparte,

solamente, se ponía en evidencia, pero no se concluía nada al respecto, pues esta es la oportunidad de hacer ver inconsistencias, contradicciones, detalles inverosímiles, etc.

Al realizar el alegato final, el abogado se convierte en un colaborador de los jueces en su tarea del fundamento de la sentencia, pues lo plantea como si fuera la sentencia final. Implica realizar una enunciación de los hechos que se dieron por probados, los no controvertidos y los hechos que no fueron probados por la contraparte.

Sin embargo, en cuanto a la teoría jurídica, no es recomendable que los abogados se detengan demasiado, pues se parte de la premisa de que los jueces conocen el derecho.

Las conclusiones tienen que ser lógicamente posibles, de conformidad con la prueba admitida en el juicio, lo que importa para el abogado un cuidadoso ejercicio para extraer inferencias de las probanzas. Además, se requiere considerar que no se debe tergiversar la prueba, sino que se deben exponer las conclusiones, conforme a lo realmente acreditado en el juicio. Una mala litigación no puede pretender concluir argumentos que no se discutieron en el debate.

La organización del discurso final debería ser persuasiva y coherente, de manera que se organicen las ideas, se acredite cómo la prueba satisfizo la teoría del caso que se formuló, y se cumplen las proposiciones fácticas. Por tanto, es conveniente dictar determinada consecuencia jurídica. La misma puede ser cronológica o temática, pero se estima que lo más conveniente es organizarla, de acuerdo con el escrito de interposición de la demanda y, nuevamente, se debe colaborar con los jueces en la labor del fundamento de la sentencia.

28 Dispone, en lo conducente, el artículo 98, inciso 2º, lo siguiente: “Si el asunto fuere de puro derecho o no hubiere prueba que evacuar, el Juez Tramitador, antes de dar por finalizada la audiencia preliminar, dará oportunidad a las partes para que formulen conclusiones, las que serán consignadas literalmente a través de los medios técnicos o telemáticos que el Juzgador estime pertinente [...]”.

29 El artículo 109 lo regula así: “Evacuada la prueba, las partes formularán conclusiones por el tiempo fijado por el Tribunal”.

IV.- CONCLUSIONES

Una de las principales novedades introducidas en la reforma al proceso contencioso administrativo y civil de hacienda, es la transición de un proceso escrito a uno con etapas orales. Este paso de lo escrito a lo oral, conlleva muchas exigencias por parte del Poder Judicial para implementar la reforma, como por ejemplo, la especialización en temas de gestión administrativa, infraestructura y capacitación de sus funcionarios para asumir el cambio y abandonar viejas prácticas del sistema escrito.

Una de las demandas fundamentales para la entrada en vigencia de la reforma y la consecución de los objetivos previstos en el plano sustantivo, será la transformación en materia de gestión judicial, pues de ella dependerá la forma en que los operadores jurídicos asimilen la reforma, llevándola adelante conforme a la realidad cotidiana de sus organizaciones.

Asimismo, es fundamental asumir el reto frente a la reforma procesal y sustantiva que conlleva el nuevo CPCA, con un sistema administrativo y de gestión eficiente, destinado ya no solo a la instrucción de un expediente judicial tradicional, sino a la producción efectiva de las audiencias orales previstas en el nuevo cuerpo normativo.

Por otra parte, se exige la formación profesional en el campo de la oralidad, pues se avecina un cambio de análisis de textos escritos por uno marcado por el discurso oral. Los abogados requieren entrenamiento y conciencia de la necesidad de adquirir destrezas, tanto en el

tema del análisis del discurso oral, como la capacidad de enfrentar un sistema adversarial que implica interrogatorio de testigos, peritos, expertos, etc. También a través de los recursos que ofrece un sistema de contradicción de la prueba introducida en el juicio, se debe surtir al juez de información de calidad para resolver el conflicto jurídico.

Las audiencias orales no deben ser concebidas, exclusivamente, como un principio vacío o simplemente una nueva forma de resolver los conflictos de forma más rápida, en detrimento de las garantías procesales. Al contrario, respetar los objetivos de las audiencias orales, implica sacarles el mayor provecho y que sean espacios para exponer hábilmente los argumentos y peticiones al juez; analizar y contradecir la evidencia, así como respetar las garantías de los intervinientes del proceso.

En definitiva, deben haber más garantías y transparencia en la administración de justicia. Para lograr esos objetivos, no solo se requieren los esfuerzos del Poder Judicial, sino que el abogado litigante debe capacitarse y prepararse en la oralidad y generar a través de esta herramienta, espacios productivos en la fabricación de información para los jueces responsables de pronunciarse sobre el conflicto.

Para terminar, es preciso indicar que estas líneas esbozan algunas nociones para el desempeño estratégico de las partes en el juicio; pero se llama la atención de la necesaria capacitación, no desde el plano conceptual, sino a través de la enseñanza y ejercicio de estas destrezas de litigación, pues solo a partir de la práctica, se pueden internalizar los conceptos que se han expuesto.

BIBLIOGRAFÍA

BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio. Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2004.

BAYTELMAN, Andrés. Capacitación como fútbol. Material del curso sobre Instrumentos para la implementación de un sistema acusatorio oral. Módulo: Capacitación para la Reforma Procesal Penal. Viña del Mar, 3 al 8 de abril de 2005. Disponible en: www.cejamericas.org/documentos/cap-futbol.pdf.

BERGMAN, Paul. La defensa en juicio. La Defensa Penal y la Oralidad. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 2º edición, 1989.

GIMENO SENDRA, Vicente y OTROS. Derecho Procesal Administrativo Costarricense. San José, Editorial Juricentro, 1993.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel y DALL'ANESE RUIZ, Francisco. Alcances prácticos de la reforma procesal penal en Costa Rica. Revista Ciencias Penales de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 15, n.º 21, San José, Octubre, 2003.

QUESADA PACHECO, Jorge Arturo. Análisis del Discurso Oral en el Proceso Penal. San José, Editorial Universidad Estatal a Distancia, EUNED, 2002.

RIEGO, Cristián y SANTELICES, Fernando. Seguimiento de los procesos de Reforma Judicial en América Latina: Segundo Informe Comparativo. Revista Sistemas Judiciales, n.º 5, Buenos Aires, 2003. Disponible en: www.sistemasjudiciales.org

VARGAS VIANCOS, Juan Enrique. Descripción introductoria para el módulo sobre gestión de tribunales. Curso sobre Instrumentos para la implementación de un sistema acusatorio oral. Viña del Mar, 3 al 8 de abril de 2005.



A PROPÓSITO DE LA ORALIDAD Y LOS PROYECTOS PROCESALES AGRARIOS

Magistrada Carmenmaría Escoto Fernández
*Colegio de Abogados
Ponencia, junio 2007*

La libre convicción del juez necesita el aire y la luz de la audiencia oral; en los laberintos del proceso escrito que se corrompe y se muere.
Chiovenda

El tema resulta amplio y sumamente interesante, sin embargo, debido a su extenso desarrollo y estudio, dada la limitación de tiempo, es nuestro interés por ahora, solo realizar un breve recorrido, pues más que todo, se trata de hacer una somera reflexión de lo que ha sucedido y dio motivo a las distintas propuestas de proyectos procesales que se han gestado y se están construyendo dentro del Poder Judicial, en un medio de discusión propicio, donde todos(as) participemos con nuestras inquietudes, cuestionamientos, aun con brotes de rebeldía y oposición, lo cual es productivo para la emisión de una propuesta del proyecto del Código Procesal Agrario mejor elaborada, acorde con la realidad cambiante. Así pretendemos transmitirles en parte, lo que se está dando en este caso, desde el ángulo del derecho procesal agrario.

ANTECEDENTES

La palabra como medio de comunicación, ha sido y es esencial así como definitoria entre los seres humanos. Previa a la escritura, las destrezas de modo verbal y corporal, han sido los medios idóneos de todos los grupos¹. En la prehistoria, cuando se organizan los pueblos políticamente, es la oralidad la única posibilidad de relacionarse, en virtud del analfabetismo común en esos años y luego

“ante la carencia o la relativa escasez de medios para escribir”².

Así, se ha afirmado que históricamente los procesos en la Roma antigua, fueron de naturaleza oral. Algunos estudiosos en el tema refieren que tal forma de interacción, fue la manera originaria en la evolución de los sistemas romano-canónicos, en donde se inspiraron los códigos procesales.

Se ha de concebir la oralidad

no como el predominio de la palabra sobre la escritura, dentro del conjunto de los actos que constituyen el proceso, sino como la conformación de una cierta estructura procesal que incluye la concentración de los actos, la inmediatez entre el juez y la prueba y la publicidad³.

Sin embargo, la escritura fue la forma de comunicación directa de las partes. Por tanto, los profesionales en derecho obtuvieron un papel preponderante, casi monopolístico con lo cual

Adquirieron inmensos poderes al posicionarse como intermediarios obligados entre las personas que pedían justicia y quienes la administraban. Es la época de los lenguajes crípticos, de la sacralización de las leyes y de la burocratización del

1 Castillo Vargas, Sara. *La oralidad. El reto de la administración de la justicia.*

2 Antillón, Walter. *Parte II ¿Escritura u oralidad? Ensayos de derecho procesal.*

3 Antillón, Walter. *Óp. cit.*

sistema judicial, en donde los abogados adquieren poderes casi sobrehumanos, al considerarse dueños de un saber privilegiado [...] hoy quedan aún fuertes vestigios de esto aún en nuestro país donde, a pesar de existir una cultura jurídica popular aceptable, los y las habitantes perciben la justicia como una diosa lejana a la que hay que implorarle un favor, o como un asunto de unos señores (hombres) que hablan de forma que no se les entiende y cobran muy caro⁴.

Costa Rica fue uno de los países, cuyos sistemas procesales se basaban en la escritura.

La situación de los aborígenes era similar a la del pueblo común europeo, a quien se le aplicaba este sistema judicial que también le era extraño a sus costumbres. Así por ejemplo sabemos que culturas como la Zapoteca, la Nahuatl, aunque contaron con escritura, no la utilizaron como base fundamental para la resolución de sus conflictos⁵.

Y aún en la actualidad, el derecho consuetudinario se mantiene en lo oral, como el medio esencial de comunicación para la mayoría de las etnias costarricenses. Después os códigos procesales empiezan a mostrar una modesta introducción de la oralidad como sistema.

En cuanto a Latinoamérica, a mediados del Siglo XX, se impulsaron algunos proyectos, donde se introducen en el proceso, la oralidad, como el Anteproyecto del Código Procesal Tipo para Iberoamérica de 1988; luego en 1989, el Código General del Proceso de Uruguay. En igual sentido, se han impulsado en la mayoría de los países Latinoamericanos, similares cambios en el derecho procesal como en nuestro país.

Para algunos juristas, esta predilección en la era moderna por la oralidad como modelo general, se inspira en épocas históricas del derecho, como lo es el proceso romano per formulas, y luego en procesos basados en el denominado sistema anglosajón del Common Law, ya que se han apreciado sus ventajas, entre otras, se presenta la concentración de los actos procesales en una sola audiencia o sucesivas, donde el juez, está en contacto directo con las partes, las pruebas (testigos, periciales y, en su caso, con el objeto de la litis). Y de esta forma de una manera más viva y directa, puede llegar a tener una visión global de la contienda, con lo cual ahí mismo se puede dar la audiencia final a las partes para pasar casi de inmediato a dictar la resolución.

Mas no es esta la única ventaja, desde un ángulo eminentemente de eficiencia procesal, sino también la oralidad posee otros objetivos desde un sesgo democrático garante:

esto es, que dicho movimiento quiere la oralidad, no sólo para agilizar la marcha de los procesos por virtud de la concentración de los actos; y para conferir mayor calidad a las sentencias de los jueces por virtud de su inmediación respecto de los medios de prueba; sino que ve en ella el instrumento idóneo para aumentar las garantías de legalidad y transparencia de los actos del juez, por virtud del control popular que permite la publicidad de los debates. El proceso oral y público es indudablemente entre los diseñados hasta el momento por los seres humanos, el instrumento más adecuado para conseguir una justicia de más calidad en menos tiempo; y es también a la vez una valiosísima fuente de cultura democrática para la comunidad. Porque...esos mismos hechos históricos y el prudente razonar nos han mostrado elocuentemente que esa oralidad y esa

4 Castillo Vargas, Sara. La oralidad, el reto de la administración de la justicia.

5 Quirós, Jenny. Manual de oralidad para jueces y juezas. Costa Rica. Editorial CONAMAJ, 2006.

publicidad del proceso jurisdiccional son inherentes a la democracia, a la vida republicana y a la justicia social, a las que, a su vez, contribuye a mantener y desarrollar: no fue el resultado de la casualidad que el proceso jurisdiccional dejara de ser oral y público en los períodos más tenebrosos de la Historia; en los tiempos de mayor negación de la dignidad humana y de los derechos humanos, en los tiempos en que los jueces no juzgan según su libre convicción, sino de acuerdo con los dictados del poder⁶.

En igual sentido

se piensa que la oralidad, bien conjugada con la escritura, es garantía de acierto para una justicia pronta, simple y económica y que permitirá a los tribunales conducir con una mayor democratización y humanización su trabajo⁷.

¿ POR QUÉ LE INTERESA AL PODER JUDICIAL EL CAMBIO?

Desde mediados de la década de los años noventa, en el Poder Judicial se gesta una corriente, a fin de impulsar cambios en los trámites procesales en varias disciplinas. Si bien se han dado motivos de gran trascendencia, como lo son entre otros, la lucha o el combate contra la mora. También la justicia, como lo señala el tratadista Sentís Melendo, debe ser el análisis eficaz del fondo del asunto y no su denegación por forma⁸. La independencia vista como un derecho del(a) ciudadano(a), conlleva un haz de derechos que entre otros, son para el servicio público: 1) La publicidad. 2) El acceso a la sede jurisdiccional. 3) La atención al público. 4) La transparencia. 5) La decisión pronta. Pero debe ser no solo pronta, sino también cumplida, en cuanto a que en

aras de la celeridad, no se debe castigar la calidad de las resoluciones judiciales.

En el discurso de la apertura del año judicial 2000, el presidente de la Corte Plena, Dr. Luis Paulino Mora, indicó:

[...] iniciamos oficialmente hoy las discusiones académicas de lo que me atrevería a calificar como la reforma procesal más importante de los últimos tiempos. Una reforma a través de la cual intentamos devolver al ciudadano su fe y confianza en la justicia, su derecho inalienable de acceder a la [sic] en condiciones de igualdad, y de obtener una respuesta en forma pronta y cumplida. La oralidad permite el contacto directo con las partes y la prueba, y le permite al juez intentar fórmulas de conciliación para encontrar una adecuada, justa y concertada solución a la contienda judicial. En síntesis, le da mayores posibilidades de acercarse a la vida real y de dictar sentencias en forma más ajustada a la equidad y el derecho. Es una verdadera reforma de fondo que permite que el pueblo sea visto y oído por los jueces; permite identificar al problema con un rostro humano, no con la carátula de un expediente y eso sin duda humaniza y democratiza el proceso para reencontrarlo con su fin social. Al mismo tiempo. La oralidad permite que el proceso no pierda actualidad y la sentencia tenga plena eficacia. Es decir, permite que la justicia no sólo sea pronta sino cumplida. [...] La introducción de la oralidad y la reforma hacia la simplificación procesal, es una de las estrategias más importantes que intentamos en este Poder de la república, para resolver el problema de la mora judicial. Pero esta, [...] debe ir acompañada de las políticas paralelas como un aumento en el número de jueces,

6 Antillón, Walter, óp. cit.

7 Castillo Vargas, Sara, óp. cit.

8 Sentís Melendo, Santiago. El proceso civil. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina, 1957, pp. 65 y 69.

una adecuada capacitación de ellos en los requerimientos propios de su cargo en un sistema oral y democrático, con importantes esfuerzos presupuestarios por dotar a las oficinas de la tecnología necesaria para mejorar los rendimientos y en una redefinición de las estructuras de los despachos. En estas áreas estamos haciendo cambios importantes de acuerdo a nuestras posibilidades presupuestarias. Cuando hablamos de cambiar el eje del proceso de la escritura a la oralidad, de reeducar al juez, de fortalecer la conciliación y de la obligación de tener al ser humano como eje central de nuestra actuación, estamos hablando de un cambio filosófico y cultural trascendental. Estamos hablando de reencontrarnos con el verdadero sentido de la justicia en una sociedad democrática de cara al siglo XXI para recobrar la credibilidad y confianza del ciudadano [...]⁹.

Esta política institucional e inicio de un cambio de algunos paradigmas, generó las propuestas de reformas procesales que dieron como fruto, la redacción en un inicio del denominado "Proyecto del Código General del Proceso". A su vez, se planteó una serie de variantes y movimientos, con el afán de dar respuesta a las exigencias de la sociedad, pues se estimó esencial humanizar los procesos, a fin de acercarse de una manera más expedita, real y humana a los y las ciudadanas. Se ha pretendido desde entonces, lograr procesos más justos, transparentes, accesibles y ágiles. No obstante, dicho proyecto general se desmembró, al separarse tanto la materia laboral, la de familia, como la agroambiental, en razón de que cada disciplina atiende distintos principios, peculiaridades y enfoques de la disciplina que han de tramitarse, mediante los distintos procesos en redacción.

LA ORALIDAD COMO PROPUESTA Y MEDIO EN LAS REFORMAS DE LOS DISTINTOS PROYECTOS PROCESALES DE INICIATIVA JURISDICCIONAL

Con base en lo anterior, se han promovido distintos estudios, seminarios acciones, cambios, variantes ideológicas y movimientos, a fin de dar respuestas a las necesidades sociales en la actualidad, a través de la emisión de procesos más cercanos a los y las ciudadanas, de forma que el derecho adjetivo resulte más rápido, justo, accesible y transparente.

Sobre la oralidad han emanado distintas corrientes; algunas la magnifican; otras la catalogan de complicada e imposible de ser efectiva. Parte de la doctrina patria, la describe como su palabra lo sugiere y, en términos sencillos, se entiende:

la oralidad [...] a lo verbal, a lo que expresamos con la boca, utilizando nuestros aparatos vocales. Incluye también lo que expresamos corporalmente, más allá de las palabras y sonidos emitidos. En materia jurídica, en el contexto latinoamericano actual, la oralidad es la utilización de la palabra y la presencia física de la partes como fuente principal de comunicación durante las etapas del proceso. Especialmente durante la etapa de juicio. Dicho de otro modo, es dar predominio a la palabra hablada sobre la escrita, como hemos venido haciendo en nuestros sistemas judiciales¹⁰.

Lo anterior requiere transformaciones del derecho procesal en su esencia y, a la vez, conlleva una variante radical en la forma cómo se imparte la justicia.

⁹ Mora Mora, Luis Paulino. Discurso de la apertura del Año Judicial 2000.

¹⁰ Castillo, óp. cit.

Casi todos los sectores sociales claman para que los asuntos civiles, mercantiles, agrarios y de otras disciplinas, sometidos a estrados, sean resueltos, no solo de manera oportuna y rápida, sino también uniforme y cualitativamente. “El sistema de la oralidad en los procesos judiciales se presenta como una excelente alternativa para lograr brindar esa ansiada justicia pronta y de calidad”¹¹.

PROPUESTA DEL PROCESO AGROAMBIENTAL

En materia agraria, en Costa Rica la constitución de la regulación normativa como sistema, tanto procesal como de fondo, se inició con dos proyectos de ley que iban a emitirse conjuntamente. Mas no fue aprobada tal legislación en su totalidad y en los términos esperados, sino solamente fue puesta en vigor, la denominada Ley de la Jurisdicción Agraria, como regulación eminentemente procesal agraria con algunas normas de fondo, la cual vino a crear y regir la jurisdicción agraria costarricense desde 1982. En este proceso, para la época cuando se promulgó dicha ley, se presentan grandes avances en cuanto a la oralidad y otros principios que, para algunas legislaciones procesales, aún no se han aprobado. Sin embargo, no se trata de un proceso propiamente oral, ya que para algunos tratadistas, más bien lo que se introdujo en esta normativa, fue una variante de la oralidad denominada

La verbalidad como modalidad de la oralidad [...] Dentro del binomio escritura u oralidad el proceso agrario costarricense se inclinó por la segunda, dentro de la modalidad conocida como verbalidad, ello es así porque si se parte de que el problema de la oralidad o de la escritura radica en la conjugación entre elementos escritos y orales dentro del proceso, el existente se desvinculó del proceso escrito -aún cuanto hoy se sabe que no existen procesos puros, y éstos son mixtos con elementos orales y escritos- pues para que fuera escrito tanto la interposición de la demanda, como los alegatos de las partes, la deposición de los testigos, y el pronunciamiento del Juez solo podría ser en esa forma, pero en el creado para jurisdicción especializada agraria existen diferencias notorias de la participación oral de las partes, tanto en la interposición de la demanda como en la etapa fundamental del proceso: el debate, así como en la diversa forma de gestionar o impulsarlo¹².

No obstante, la verbalidad no es sinónimo de oralidad. Se puede observar cómo el proceso agrario, tiende a introducir el sistema de la oralidad en los procedimientos, pudiéndose calificar esta variante como el antecedente de la oralidad¹³.

El procedimiento oral ha demostrado ser el más conveniente a la naturaleza y exigencias del derecho agrario sustantivo que se presenta

11 López Gonazález, Jorge Alberto. *La oralidad y sus implicaciones en el proceso civil declarativo en España y Costa Rica*. Tesis doctoral, presentada por el licenciado Jorge Alberto López González. Dirigida por el profesor, doctor don Alberto Montón Redondo. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Procesal. Madrid, España, 2000.

12 Zeledón Zeledón, Ricardo. *Derecho Procesal Agrario*. Tomo II, Volumen I. Editorial ILANUD, Escuela Judicial, 1990.

13 En este sentido, agrega el jurista de cita las etapas procesales del proceso agrario, donde se vislumbra lo que denomina esta modalidad. La verbalizada, en consecuencia, debe ser comprendida como una modalidad de la oralidad, en cuanto tiene elementos de esta. Sin embargo, no logra su plenitud, porque no se le ha concedido en la forma cómo este principio opera en un sentido conceptual estricto, y además porque adquiere características híbridas, cuando se conceden tantos recursos que le restan valor a la primera instancia, al permitir la revisión de la sentencia en varias oportunidades, cuando en la oralidad, el juez que realiza el juicio tiene la máxima importancia, y no quien -sin haber estado presente en él- revisa su resultado.

La verbalidad se sigue en todo el sistema como principio básico, pues dentro de las disposiciones generales de los procedimientos, se establece en forma expresa que “el procedimiento será esencialmente verbal”, cuya aplicación se ubica en diferentes planos.

En primer lugar, en cuanto a la fase de iniciación, las partes se encuentran facultadas para interponer la demanda en forma verbal, cuando se trata de agricultores e igual facultad se le concede al demandado, cuando siendo agricultor de escasos recursos, puede concurrir al despacho judicial a juicio del Tribunal, a contestar verbalmente la demanda, y aun cuando no se establece expresamente bien, podría comprenderse que en caso de mediar contrademanda o bien de ser necesaria la réplica...

(la nota continúa en la siguiente página)

en la vida moderna. Evidentemente supera mucho el proceso escrito y constituye una etapa más avanzada de la verbalidad¹⁴.

Agrega el tratadista Ulate Chacón que

La Ley de la Jurisdicción Agraria de 1982 no incorporó en toda su plenitud el principio de oralidad, con sus principales manifestaciones. Si bien es cierto, se buscó superar el clásico principio de la escritura, propio del proceso civil, los intentos solo esultaron parciales. En efecto, se conserva la escritura incorporándose el sistema verbal como un intento para incorporar el discurso hablado en el proceso agrario. El principio de la oralidad fue traído del proceso laboral¹⁵.

No obstante, en la práctica se le ha dado vida para aplicarla, acorde con el restante

ordenamiento jurídico que se fue generando en esta disciplina especializada.

Aunque en esta sede también ocurre el problema de la morosidad, en muchos casos sucede por causas exógenas a los funcionarios que en ella participan. Ha habido buena intención de jueces, defensores y estudiosos para agilizar los procesos, a fin de cumplir metas contra el retraso.

Pero también se han tratado de agilizar los procesos desde la interpretación normativa. Por ejemplo, la audiencia por seis días del denominado Alegato de Bien Probado (terminan en el campo con el "juicio verbal"). Además, se dan casos donde ahí realizan las conclusiones. El juez se evita esa resolución en la audiencia de la recepción de PRUEBAS, y se les introduce la oralidad a las etapas que no la tenían.

(continuación nota #13)

En segundo lugar, durante el desarrollo de todo el proceso, también se encuentran las partes para plantear cualquier tipo de petición o alegato en forma verbal, con la sola concurrencia al Tribunal, si ello tiende a impulsar el proceso, dar contestación al planteamiento de la contraparte, aclarar o adicionar prevenciones del juez, o en fin cualquier tipo de alegación pertinente propia del proceso, e igual ha de suceder dentro del juicio mismo, donde la expresión oral de cualquier gestión de las partes, resulta válida, porque el juez la ha de consignar, ya sea para que conste algún extremo o bien tienda a lograr un pronunciamiento judicial.

En todo caso, en tercer lugar, la máxima expresión de la verbalidad, opera durante el debate, pues en la comparecencia a la cual cita el juez, una vez superada la fase de la iniciación para entrar en la fase demostrativa, cuyo nombre precisamente es "juicio verbal" a esa diligencia, deben comparecer las partes con sus pruebas, asistidos por su abogados, y en la misma, se procederá a evacuar todo el elemento probatorio. En la fase demostrativa, el juez recibe la prueba que ha sido ofrecida y aceptada interrogando en forma libre a los testigos o bien a los peritos con el objeto de descubrir y consignar en el acta respectiva, lo que estos le manifiestan, concediendo, en igual forma, la palabra a las partes o sus abogados, quienes verbalmente, solicitarán aclaraciones o adiciones a lo declarado, o bien profundizaciones sobre aspectos conocidos por las prueba, cuyas respuestas también se consignan en el acta de juicio [...] sin necesidad de incluir [...] la forma en que se han planteado las interrogantes o bien las discusiones suscitadas [...]

Dentro de estos mismos términos [...] sucede cuando se evacúa la ofrecida para demostrar las defensas previas, pues en este caso, se ha de citar a una audiencia –o "mini juicio verbal"– donde se han de recabar los elementos necesarios para pronunciarse sobre la defensa.

En ambos casos, tanto para el juicio verbal como para la audiencia de la defensa previa, el juez se encuentra facultado –y en la práctica sucede siempre– para realizar la diligencia en el mismo lugar donde surge la diferencia [...]

Finalmente, en cuarto lugar, también existe manifestación de la verbalidad, cuando en la fase conclusiva, las partes sea por sí, o por medio de sus abogados –dentro de los seis días posteriores, plantean el alegato de bien probado, compareciendo directamente ante el juez, por medio de un acta que se levantará al efecto.

De lo anotado queda [...] claro del alcance otorgado al principio de la verbalidad, dentro del proceso agrario costarricense, pues si las partes se expresan a viva voz delante del juez y del adversario, tienen la facultad de dirigirse en forma directa a los testigos o peritos para plantearles su interrogatorio o o solicitarles cualquier clase de adición, aclaración o ampliación, siendo en ambos casos escuchadas las partes y sus abogados por la contraria y por el juez [...]

Naturalmente aún con todo lo acotado, no puede negarse la presencia de los elementos escritos dentro del proceso agrario, pues no existe proceso imaginable, donde no se documenten muchos actos procesales, e igualmente de deje dentro del expediente judicial todos los documentos ofrecidos por las partes. La existencia de elementos escritos en nada afecta el principio de la verbalidad, pues resulta lógico que la fase de iniciación, se encuentre debidamente documentada, pues en ellas se consigna el nudo central de lo debatido en el proceso, y deben estar debidamente documentados los actos procesales dictados por el juez [...] y resulta absolutamente necesaria la documentación de la sentencia, como forma de dar certeza a las partes sobre lo resuelto. Zeledón Zeledón, Ricardo, óp. cit.

14 Ulate Chacón, Enrique. Tratado de derecho procesal agrario. Tomo I, Editorial Guayacán, 1999.

15 Ulate Chacón, óp. cit.

Pese el esfuerzo de los Tribunales Agrarios par alcanzar una mejor aplicación de la oralidad en el proceso agrario, con todas sus consecuencias, es difícil superar todas las limitaciones que la verbalidad tiene. Por ello es necesario propugnar por la reforma del sistema procesal, en general, y en particular, del proceso agrario¹⁶.

El cambio que se plantea se inició con una propuesta de proyecto de un proceso general. Luego, se analizaron los inconvenientes para formar parte como materia especializada de dicha normativa. ¿Y cuál es la meta que tenemos en este momento? Iniciar con un proceso eminentemente agrario. Resultó insalvable la parte general del proceso civil y comercial.

Esto se definió, cuando nos reunimos en el restaurante Las Orquídeas, donde participaron el IDA, el MINAE, fiscales ambientales, Defensa Ambiental y la Fiscalía Ambiental. Fue una participación muy abierta, amplia y fructífera que no la han tenido otras materias, lo cual es una ventaja. Y, hoy estamos de nuevo aquí, con el afán de abrir esa oportunidad a ustedes en la meta que pretendemos dar.

Así es necesario que los principios y peculiaridades que informan las actividades agrarias y conexas, se plasmen en una parte general, acorde con esta disciplina.

El detalle nuestro es mantener la recepción de pruebas en el campo con el juez y el defensor itinerantes, con el afán de mantener no solo la oralidad, sino la humanización del proceso, por lo cual esta situación corresponde a ponerle rostro al asunto e ir al lugar del conflicto o del motivo del escrito inicial.

La razón para no emitir el fallo en el lugar de los hechos, se funda en el riesgo, por la integridad del juez, de las partes y los testigos

que nos cuestionamos, si ese dictado in situ sería conveniente en los casos que pueda generar antagonismo.

De esta manera, se plantean algunas ideas: eliminación del recurso de casación, convertir el Tribunal Agrario en un Tribunal de Casación Agraria, a efecto de excluir las tres instancias. Además, se pretende disponer solo dos etapas: juzgado y tribunal.

Y casación conocería solamente los casos, donde se den intereses públicos. Mientras que los conflictos comunes tendrán dos instancias, a fin de garantizar no solo la celeridad, sino también la inmediatez que se obtiene con la oralidad.

A diario tenemos que aprender de todos (as), a efecto de mejorar la administración de justicia. En materia agraria, lo interesante es determinar, si el procedimiento agrario es verdaderamente de corte oral, es decir, si se cumplen los principios de inmediatez, concentración y publicidad. O si solamente se trataría de uno verbal.

PRINCIPIOS PROCESALES A LA LUZ DE LOS PROYECTOS DE DERECHO PROCESAL AGRARIO

Los estudiosos del derecho procesal, se han dado a la tarea de clasificar y seleccionar los principios que han de inspirar los procesos, a efecto de cumplir con la finalidad específica de la realización y consecución de los procesos, para servir de la mejor manera a una determinada sociedad. Así doctrinariamente, ha habido varias definiciones de los principios. Se les concibe por algunos como directrices o aspiraciones, porque en su criterio, no es posible encontrar un proceso donde se reúna cabalmente a todos¹⁷.

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ Arguedas Salazar, Olman, *op. cit.*, p. 555. El mismo autor en *Principios del proceso civil*. Revista Judicial n.º 18, diciembre, 1980, pp. 19-42.

Para el jurista, Enrique Vescovi

los agrarios deben ser procesos orales, concentrados, rápidos y públicos, en los cuales se aumenten los poderes del juzgador facilitando, a través de la intermediación, sus posibilidades de investigar la verdad –dentro de lo alegado– por las partes¹⁸.

Sin embargo, se pretenden hacer cumplir y poner de manifiesto, los más importantes.

Como fines no debe perderse de vista de que es imposible. Tales principios subsistan en forma pura en un ordenamiento jurídico determinado, pues normalmente surgen combinados con su contraposición.

Además, tampoco significa que todos ellos deben ser considerados principios procesales, del procedimiento, o del todo no se traten propiamente algunos de principios, lo cual se analizará en el contenido en parte de esta investigación. Y se deja la inquietud para un mejor estudio de todos ustedes.

En primer lugar, según consideran algunos especialistas en derecho procesal, los códigos procesales no deben efectuar listas interminables que pueden conllevar a “taxatividades” a veces nefastas de principios expresos. Esto se hace manifiesto de la forma cómo aparezcan redactados los procesos, los procedimientos, los actos, los poderes y deberes de las partes, los juzgadores y terceros, sin necesidad de un artículo expreso que los contenga. Con las anteriores inquietudes, merece indicarse que los procesos agroambientales, deben ser económicos, técnicos y céleres, donde se obvien las formalidades.

PRINCIPIOS PROCESALES

Usualmente se encuentran contenidos en códigos de corte o prioritariamente en forma oral.

En algunos proyectos procesales agrarios, se leen por ejemplo:

Oralidad
Inmediación
Concentración
Impulso procesal de oficio
Celeridad
Carga de la prueba
Contradicción
Identidad física del juzgador
Búsqueda de la verdad real
Publicidad
Preclusión
Impugnación
Taxatividad impugnaticia
Itinerancia
Inquisitivo
Buena fe procesal

ARTÍCULO 34 **Principios procesales**

Los principios procesales de la jurisdicción agraria y agroambientales son: la especialidad, la oralidad, la inmediatez, la concentración, la identidad física del(de la) juez(a), el impulso procesal de oficio, la publicidad, la igualdad material, la itinerancia, la libre valoración de la prueba (sería un sistema de apreciación de prueba), la taxatividad impugnaticia, la búsqueda de la verdad real y la buena fe procesal.

¹⁸ VESCOVI, Enrique. Ensayo. Bases generales para un código procesal agrario. En memoria del VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal, 1979.

ORALIDAD

Se ha discutido, si la oralidad es un principio o más bien un sistema o una característica, el cual ha de inspirar el proceso y los procedimientos. A su vez, la inmediación, la concentración y la publicidad, son tres principios que integran al de la oralidad. De esta manera, si estos no se cumplen, no se estaría ante un sistema oral sistemático, sino asistemático o mal concebido. Algunos juristas estiman que la oralidad, la concentración, la inmediación y la publicidad son principios del procedimiento, no procesales, porque si fueran procesales, tendrían que estar en todas las legislaciones, lo cual no es así¹⁹.

La oralidad concebida como un principio del procedimiento, viene a ser el contrapuesto al de la ESCRITURA, donde se da el predominio de la palabra hablada sobre la escrita. Además, se ha indicado que es la mejor forma del proceso, porque torna efectivos los principios de economía, celeridad y simplicidad. También la doctrina señala que rara vez se encuentra puro, por cuanto los procesos netamente orales o escritos de igual forma, no existen. En realidad se estima que los procesos son de corte predominantemente oral o escrito²⁰.

En otros casos, se considera que lo que se ha dado es la verbalidad, como una modalidad de la oralidad, pero no se han podido estimar, y son sinónimos en razón de las variantes de ambos sistemas.

Así se ha concebido que

[...] la verbalidad si bien [...] las partes se expresan oralmente, en verdad el Juez una vez que se dan las respuestas debe ordenar lo respondido en forma lógica y coherente, dictándolo en esa

forma en el acta que se levanta al efecto, pues todas las manifestaciones se van a documentar.

Por el contrario en la oralidad no es necesario consignar absolutamente nada, y el acta lacónica lo único que señala es la realización de la audiencia, siendo el Juez directamente quien percibe lo declarado por las partes, por los testigos, por los peritos, y todo lo consigna en su sentencia dentro de los hechos tenidos como probados, siendo esa la forma de la documentación [...], una diferencia clave radica en la importancia dada en la oralidad al Juez encargado de realizar el juicio, pues va a ser solamente él quien con la inmediatez de la prueba, y habiendo estado en la tramitación del proceso, tiene la mayor claridad en sus apreciaciones en torno a los hechos. Por el contrario en la forma como está concebida la verbalidad ello no sucede, dejándose simple la posibilidad incluso para que el superior, quien no estuvo en el juicio verbal, pueda ordenar prueba para mejor resolver y con base en ella, o bien lo que pueda comprender de lo consignado en el acta del debate, dicte una sentencia que puede reñir abiertamente con la realidad, pues desde esta óptica se siguen los lineamientos de la escritura²¹.

Sobre el denominado principio de la oralidad, en los proyectos se ha dispuesto que

el proceso se desarrollará a través de audiencias orales y públicas. La expresión oral será el modo natural de comunicarse las partes con los jueces, por sí o por medio de sus abogados y para interrogar o contradecir el elemento probatorio. En las audiencias, por medio

19 López González, Jorge Alberto. *Teoría General sobre el principio de oralidad en el proceso civil*. Editorial s.n. Primera Edición. Agosto 2001.

20 En similar sentido, véase: Zeledón, RICARDO. *DERECHO PROCESAL AGRARIO*. Tomo II, Volumen I. Editorial ILANUD. Escuela Judicial, 1990.

21 Ídem.

de la oralidad, se deberá también sanear el proceso, impulsar la conciliación, recibir pruebas, ejercer el contradictorio, emitir conclusiones ante jueces, y en general, encontrar fórmulas justas para la búsqueda de la verdad dentro de las pretensiones, el cuadro fáctico y probatorio formulado por las partes. En la oralidad procesal sólo serán escritos algunos actos, como la interposición y la contestación de la demanda, la sentencia documento, los recursos contra la sentencia y deberán constar los documentos, peritajes e informes. En todo caso, dentro de la oralidad y la escritura el juez escogerá la oralidad²².

De lo anterior puede inferirse, si con el proyecto se pretende instaurar un sistema de oralidad no puro, porque permite que la escritura esté presente en la demanda, la contestación de esta y la sentencia, así como en los recursos y algunas pruebas (documental, reconocimientos judiciales, croquis, peritajes e informes).

El expediente digital, al cual se aspira a futuro, es otro tipo de documentación que tampoco es oral. La trascendencia está en que la documentación no se convierta en el medio más importante para expresar las ideas, sino una cuestión de apoyo y certeza jurídica.

Lo expuesto es factible, por cuanto no se da un sistema oral puro, sino mixto de corte oral y escrito a la vez. En efecto, la escritura o documentación es necesaria en parte en el proceso oral por seguridad jurídica. Y porque aún con la emisión del expediente digital, en este queda inmerso de otro modo la escritura. En este sentido, algunos tratadistas consideran que

[...] la demanda es el acto procesal típico de iniciación que debe constar por

escrito, pues en ella se fija la pretensión del actor y los medios de prueba, con lo cual se garantiza la defensa de ambas partes [...] ²³.

El mismo argumento que vale para la demanda, la contestación y la sentencia, igualmente lo es para aquellos casos de medidas anticipadas y procesos no contenciosos, donde han de constar de algún modo expreso.

Algunos autores destacan la trascendencia de la oralidad, con el afán de que el juzgador ponga en práctica la conciliación, a fin de avenir a las partes a llegar a un acuerdo amistoso²⁴. Esta es una forma común puesta en práctica en el agro, donde las contiendas generalmente se dan entre parientes consanguíneos o afines, así como socios, ex socios y vecinos. A su vez, es el medio idóneo para efectivizar la inmediatez esencial en los procesos de corte oral, por cuanto el juez está en contacto con las partes, los testigos, otras pruebas, el objeto de contienda o razón de ser de procesos no contenciosos, como las informaciones posesorias y de estas entre sí. Este proceso regulado ya en algunos proyectos, es el que la doctrina define como "proceso por audiencias".

Parte de la doctrina opina que es donde el sistema de la oralidad se vuelve el alma del proceso (en la audiencia). Aunado a ello, se evita consignar lo menos posible y, si se hace, debe ser mediante la grabación, casetes, videos y disquetes. Puede ser que se critique el uso de computadora, pues en criterio de parte de la doctrina, se asemeja la mecanografía y se pretende recabar lo ocurrido en lo mínimo. Además otros consideran que los códigos no deben establecer tales medios, sino deben dejarlos al arbitrio del sistema, pues este es el que podrá utilizar el más adecuado, según sus posibilidades.

22 Arguedas, Olman, óp. cit., p. 59.

23 Ibid., p. 60.

24 Ibid., p.155.

A su vez, destaca que en el momento de la audiencia, se hace factible el principio de factibilidad jurídica, entendiéndose por este la posibilidad de hacer constar lo que realmente aconteció, mediante las indicaciones de las partes al juzgador.

No obstante, el acta debe ser lacónica. Si debe levantarse, debe constar la hora, fecha y quiénes se encontraban presentes. En esta etapa, en caso de ser infructuosa la conciliación, el juez procederá a recibir la prueba que haya admitido y que fuera ofrecida por las partes en su oportunidad procesal.

También resulta trascendente que el juzgador realice el saneamiento que consiste en determinar cuáles hechos deben tenerse por probados, dándose las razones correspondientes de una vez para su rechazo; y luego recibir solo la prueba necesaria referente a los hechos controvertidos. En este tipo de procesos, opinan algunos estudiosos de esta disciplina, que los elementos probatorios han de ser “*numerus apertus*”, por estimarse el más adecuado, salvedad que debe hacerse en el caso de pruebas ilegales, como lo sería el hipnotismo.

La legislación procesal agraria prevé, desde la puesta en vigor de la Ley de la Jurisdicción Agraria, una etapa de corte oral, conocida comúnmente más bien de carácter verbal, para los procesos ordinarios, así como los interdictales que ha de celebrarse en la mayoría de los asuntos en el lugar de los hechos. No sería necesaria tal realización para asuntos, donde se discuta por ejemplo el proceso sumario de desahucio fundado en la causal de falta de pago. La doctrina nacional agrarista refiere como característica de la oralidad:

El predominio del discurso hablado.

El diálogo prevalece como medio de expresión, atenuado por escritos de preparación y la documentación. Es difícil

establecer un proceso oral puro que no admita algunas gestiones o actos escritos. La discusión oral es lo más importante que pueda ocurrir en el programa. Si bien las partes podrían acudir al tribunal a plantear gestiones oralmente o por escrito, la etapa probatoria, sea denominada debate o audiencia oral y pública, es donde se va a examinar la totalidad del elenco probatorio: testigos, confesiones, declaración de partes, prueba pericial, reconocimiento judicial, interrogatorios, etc. Y la discusión oral debe ser la consecuencia inmediata de la audiencia. La audiencia oral y pública coloca al juez en la posibilidad de apreciar mejor, de viva voz, las declaraciones de las partes y de los testigos. Incluso en las discusiones de puro derecho, o de probanzas documentadas la oralidad puede permitir la confrontación de ideas concretas aportadas por parte del juzgador, quien tiene la posibilidad de madurar más rápidamente el resultado del litigio. El Juzgador recibe una impresión más rápida y pronta de los hechos y de las manifestaciones de las partes. A su vez, las partes tienen la oportunidad de expresar los elementos más importantes que llevan a la convicción del juzgador²⁵.

Algunos procesos tendrán dos audiencias: la preliminar y la complementaria. La primera servirá para sanear el proceso, mediante la convalidación de actos viciados o bien para la declaratoria de nulidad de algunas actuaciones, así como a fin de poner en práctica la conciliación. En caso de que fracase, se deja determinada la prueba que fuera admisible para evacuarla en la audiencia complementaria, según se trate de procesos con una sola o dos audiencias al final de la primera o al concluir la segunda.

Luego el juzgador debe dictar la sentencia respectiva, la cual puede diferirse, inclusive la redacción del fallo.

25 Ulate, Enrique. *Óp. cit.*

En los asuntos donde proceda la conciliación, es factible que esta se dé parcialmente, en cuyo caso el juzgador así lo resolverá y el proceso continuará, solo para los aspectos no conciliados²⁶. También para agilizar el proceso en materia de ordinarios, se ha ideado al final de la misma etapa procesal, pues generalmente se realiza en el lugar de los hechos, cuando es pertinente, y ocurre en casi la totalidad de los casos, que se dé a las partes la audiencia para emitir los alegatos denominados de buena prueba. Con ello se agilizan los procedimientos y se evade la respectiva notificación.

El anterior proceso presenta algunos inconvenientes, a pesar de ser trascendente la oralidad. Entre estos se puede citar, la falta de los medios electrónicos necesarios, lo cual no podría llevarse a cabo, sin dotar antes a los despachos de la tecnología necesaria para llevar a la práctica todos estos cometidos. De lo contrario, podría generarse un atraso considerable, dando al traste con los fines del proceso. Ya en la práctica, se dan demoras inesperadas, cuando las cintas magnéticas o grabadoras no funcionan siquiera en un mínimo esperado. Lo anterior crea un problema, ya que al trabajarse con una agenda recargada, el retardo es evidente.

INMEDIACIÓN

La intermediación según parte de la doctrina, no es en realidad un principio en sí, más bien se trata de una manifestación del principio de oralidad, por la cual el juzgador se halla inmerso entre las partes; en su caso los terceros, las pruebas y los hechos que originan o motivan el proceso.

No obstante, se tiende a regular la intermediación, dada la trascendencia que esta conlleva, para hacer notar que, en las audiencias, ha de darse una relación directa y personal de los

jueces con las partes, con sus abogados, y principalmente con los medios de prueba y el objeto del proceso. Y, fuera de estas, los juzgadores atenderán a las partes para ser oídas sobre aspectos de la litis.

El Dr. Jorge López indica:

Desde el punto de vista jurídico, la intermediación en el desarrollo de un procedimiento jurisdiccional, tiene consecuencias muy significativas para la calidad de la justicia, lo que amerita no sólo el análisis de su concepción en la doctrina, sino también, determinar los efectos derivados de su aplicación, desde un punto de vista teórico y práctico [...]

Según Chiovenda, el principio de intermediación quiere que el juez que debe pronunciar la sentencia haya asistido al desarrollo de las pruebas de las cuales debe derivar su convencimiento, esto es, que haya entrado en relación directa con las partes, con los testigos, con los peritos y con los objetos del juicio, de modo que pueda apreciar las declaraciones de tales personas y la condición de los lugares a base de la inmediata impresión recibida en ellos²⁷.

A veces, parece referirse no a las pretensiones procesales, sino al objeto material de la controversia, es decir, referido a los bienes objeto de la contienda. Además, la inmediatez puede encontrarse presente en el Código Procesal Civil vigente, para el caso de los sumarios interdictales, y en los ordinarios como también interdictales agrarios que no se refieran a procesos de puro derecho, por cuanto la audiencia de recepción de pruebas y de práctica de reconocimiento judicial, se lleva a cabo en el lugar de los hechos. Sin embargo, tales procesos se pueden clasificar como mixtos, por cuanto la demanda y la contestación, en principio se realizan en forma

²⁶ Para mayor conocimiento sobre este proceso de audiencias, consútese: Arguedas, Olman, óp. cit., notas anteriores, pp. 155-159.

²⁷ López González, Jorge Alberto, óp. cit.

escrita, así como otros actos procesales o procesos incidentales.

No obstante, la normativa procesal agraria prevé que las partes pueden emitir el escrito inicial o su contestación, en forma oral ante el juzgado agrario, así como cualquier otra gestión, si a bien lo tienen. Algunos(as) opinan que no es conveniente que la demanda y su contestación, se realicen de modo oral, pues el juzgado puede convertirse en parte, cuando se reciben esas declaraciones, sino se están emitiendo de manera correcta por las partes.

Estas regulaciones, para otros(as), han sido de gran valor a efecto de hacer efectivos los principios de oralidad, inmediatez, concentración y búsqueda de la verdad real, si se da el caso de la identidad física del juzgador, porque en los procesos agrarios, el (la) juez(a) que recibe la prueba, en principio, es quien deberá fallar el asunto de fondo.

El jurista en materia agraria, Enrique Ulate Chacón, respecto de la inmediatez estima:

[...] implica una relación física directa e inmediata del juez con el medio en el cual se desarrolla la audiencia, así como con las personas que participan en el proceso oral y con la totalidad del elemento probatorio. El juez debe recibir la impresión directa de las partes, de los testigos, del perito y de cualquier otro medio ofrecido en la audiencia. En ese mismo instante las partes y los testigos manifiestan a viva voz al juez sus planteamientos, pretensiones o conocimiento sobre los hechos. El juzgador por su parte, va formando su convencimiento, apreciando y valorando las impresiones que recibe de cada medio probatorio²⁸.

Debe mencionarse de que la doctrina coincide en que la característica esencial de la inmediatez es que exige

un contacto. De parte del juzgador es necesaria una actitud de dirección, porque si en los actos del proceso su intervención es completamente pasiva, de mero espectador, no estaríamos hablando de inmediatez sino de presencia judicial. Tal como lo señala Carnellutti. Se requiere acortar distancias, tanto en el plano físico, como en el espiritual, es decir, se debe llegar al diálogo²⁹.

CONCENTRACIÓN

La concentración tiene relación con la celeridad y ambas son consecuencia del principio de oralidad. Expresamente se indica en doctrina:

[...] tiene como finalidad reunir actividades procesales en un espacio de tiempo lo más corto posible [...] Pero no sólo existe la concentración de la actividad procesal, sino que también se enfoca desde el ángulo de la concentración del contenido del proceso. Lo primero se analiza no sólo desde el punto de vista antes mencionado, esto es, la concentración de los medios de prueba en una sola audiencia si fuera posible, sino también desde el punto de vista de que las actuaciones han de quedar encomendadas a un solo juez. Lo segundo, concentración de contenido, alude al rechazo que debe hacerse de peticiones improcedentes e impertinentes, y a lo que debe discutirse como fundamento de un recurso.

En sentido similar, el Dr. Zeledón concibe la concentración

como correlativo de la verbalidad, y siempre ratificando su carácter de ser un modo de la oralidad, se encuentra el principio de la concentración, el cual tampoco se explicaría si no existiera la inmediatez. La concentración se manifiesta

²⁸ Ulate, Enrique, óp. cit.

²⁹ Arguedas, Olman, óp. cit.

en múltiples formas. La simple ruptura con las formalidades procesales permite su afirmación en cuanto se han eliminado etapas innecesarias y la promulgación de actos procesales injustificados, pues, para citar un solo ejemplo la obligación de las partes de ofrecer la prueba con la demanda, la contestación, contrademanda y réplica, ha logrado evitar la apertura a pruebas en una etapa posterior de ofrecimiento. No obstante todo, el momento donde más se manifiesta este principio es en el juicio verbal, pues para evacuar el elemento probatorio se ha roto con la existencia de una serie de diligencias tendientes a ello, simplificándose todo en una sola audiencia –o al menos en pocas, cuando el asunto resulta más complejo– con lo cual el proceso se abrevia y adquiere características de sumariidad, facilitando con ello la labor del Juez quien puede retener en su memoria y con mayor facilidad lo discutido y probado en el proceso³⁰.

Lo que sí deben garantizarse también, son los principios del contradictorio y de la igualdad de trato de las partes, como manifestaciones del principio del debido proceso, tutelado a nivel constitucional.

DISPOSITIVO

De acuerdo con Alsina,

[...] el principio dispositivo consiste en el dominio por las partes del procedimiento, consistente en que el juez no puede iniciar de oficio el proceso, ni tomar en cuenta hechos que no hayan sido invocados en la demanda, contestación, contrademanda y por el contrario, debiendo el juez tener por ciertos los hechos en los cuales las

partes se muestren de acuerdo, salvo casos excepcionales que la misma ley se encarga de determinar y sobre todo, la obligación para el juez de que el fallo sea congruente, esto es, acorde con lo pedido sin que pueda concederse más ni menos³¹.

Este principio podría presentar excepciones, por lo que se estima que no se debe mencionar de un modo taxativo, a efecto de permitir excepciones. Por ejemplo y en aras de no hacer nugatorio un proceso con la introducción de alguna norma, donde si el juzgador o la parte observa que una demanda o eventual contrademanda, está incompleta, se le prevenga a la parte o partes, para que ajuste todos sus pedimentos a los hechos.

IMPULSO PROCESAL

Conocido como el “impulso procesal de oficio”, se debe este también al principio de celeridad procesal, y para algunos procesalistas se le concebía como propio del sistema inquisitivo, por cuanto el dispositivo se funda en el dominio de las partes en el procedimiento. Sin embargo, resulta ser, a la vez, un principio esencial del sistema de oralidad que rige los actuales proyectos y normativa procesal de reciente puesta en vigor. Tal principio también se encuentra inmerso en la legislación procesal civil vigente.

No obstante, existen excepciones al impulso procesal de oficio que han de tomarse en consideración. Así se tiene el caso de ciertas diligencias que, por su propia naturaleza, el(la) juzgador(a) no puede realizar o necesita de la participación de las partes, sobre todo de la actora, al ser la interesada en la consecución del proceso. Por ejemplo, en caso de que se deba localizar la dirección del demandado, a fin de notificarle la demanda.

30 Zeledón Zeledón, Ricardo, óp.cit.

31 Alsina, Hugo. Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial. Buenos Aires, Tomo I, Editorial Ediar S. A., 1963, p. 101. Así citado por Arguedas, ibíd., p. 55.

CELERIDAD

Debido a que comprende un aspecto esencial en los procesos de corte oral, responde al principio constitucional de procurar una justicia pronta y cumplida. Se establece en la ley de cita, la trascendencia de la celeridad procesal. Sin embargo, según parte de la doctrina, resultan “antitécnicos”, conforme a la experiencia, que los códigos dispongan o enumeren en un articulado específico, los principios que van a regular las reglas contenidas en ellos. Lo anterior surge en virtud de que un código procesal, no es un diccionario, tratado o antología.

La existencia de una serie de principios inspiradores de un código, se extrae del propio contenido de sus normas y de lo que estas prevean. De nada vale establecer una lista de principios, si luego las disposiciones de esa misma codificación, no los contienen. Y si los contienen, resulta repetitivo. La forma en que aparecen redactados el artículo y los incisos del respectivo cuerpo legal, resulta innecesaria, y a la vez, poco técnica y práctica. La habilidad de los procesalistas está en darles contenido a las regulaciones, conforme a los principios que inspiren una normativa, salvo para los casos del derecho de fondo, ya que son otros los fines de los códigos sustantivos.

Tal principio está inmerso en lo que se denominó “pronta y eficiente administración de justicia” en el Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica. Según el tratadista español Sentís Melendo

[...] si el mal de la lentitud es tan grave solo alabanzas merece el legislador que trate de luchar contra él, siempre que utilice remedios adecuados para combatirlo, porque no basta con que la justicia sea rápida; además hace falta que sea buena; la justicia no le resulta aplicable el criterio de hacer las cosas aunque se hagan mal;

hay que hacerlas y bien; a sentencias rápidas aunque sean injustas se ha referido algún jurista como tendencia de los tiempos modernos, considerándola solución inadmisibles³².

Cuando se aduce celeridad del proceso y que debe tramitarse con prontitud y economía de tiempo, no se determina en sí nada, por cuanto no establece a qué se refieren economía de tiempo y prontitud. Y si cada proceso establece el lapso de los actos procesales, así como el plazo para dictar la sentencia, a nada conllevaría establecerlo en forma expresa y separada. Esta se efectivizaría con etapas eliminadas; otras tramitadas en conjunto así como estipulando la reducción de remedios “impugnaticios”.

CARGA DE LA PRUEBA

Este principio se encuentra previsto en el actual Código Procesal Civil en el numeral 317, aplicable a la materia agraria por remisión del ordinal 6 de la Ley de la Jurisdicción Agraria. No obstante, en el actual código de referencia prevé la diferencia, tanto para el actor como para el demandado, cuando nieguen una pretensión. Pero en los incisos 19) y 2) estipulan el deber de las partes de probar lo que afirman o niegan; cómo se establece una obligación. También se prevé una sanción en caso de que las partes no presenten la prueba en la oportunidad que se pida, por cuanto, la parte no demostró lo que pretendía, y podría plantearlo eventualmente, como a la fecha se hace con el rechazo de su demanda o reconvencción o, en el caso del demandado, la denegatoria de su oposición.

Con Sentís Melendo, así como la realidad imperante en el Poder Judicial, puede cuestionarse si las aspiraciones actuales, tanto de los(las) procesalistas, como de los (as) ciudadanos(as) en general, en cuanto a

32 Sentís Melendo, Santiago, óp. cit., pp. 65 y 60. Así como la cita de Mortara Azzariti. *Acciones comerciales*, p. 203.

una justicia pronta, pueden cercenar y dejar de lado un aspecto esencial que es la calidad de los fallos, pues no basta tener una justicia rápida, porque y quizás igual de trascendente a la celeridad, resulta ser la calidad de las resoluciones, a fin de cumplir con la función tan importante asignada a los(las) juzgadores (as). Este aspecto no debe dejarse de lado, porque antes que cantidad, está la calidad.

Asimismo, se les han dado tanta beligerancia a los medios de comunicación y quejas de los (as) usuarios(as), que solamente se habla y se disponen medidas, en principio, dirigidas a combatir la mora judicial. Mas no se toman en cuenta de igual forma, la calidad y dedicación que deben tenerse en las resoluciones. Por tanto, este principio resulta importante, pero no menos impartir justicia y resolver con actuaciones justas. A veces por cumplir con el principio de celeridad procesal, se cercena el de la calidad de los fallos.

CONTRADICCIÓN

Como una de las garantías de rango constitucional del debido proceso, se establece el principio del contradictorio, mediante el cual se hace efectivo el derecho de defensa. Conforman el proceso donde se oye a las partes y, en forma tal, que puedan contradecir a cada una de ellas, las pretensiones, las pruebas, los alegatos y, en general, las promociones que realicen en su tramitación. Se concibe al darles oportunidad para atacar y defenderse.

IDENTIDAD FÍSICA DEL JUZGADOR

Este principio opera en el proceso oral de igual manera a la concentración, y es entendido como aquel, mediante el cual, el (la) juzgador(a), quien conoce de las pruebas, resuelve el asunto, porque así:

[...] el juez adquiere una mayor capacidad para juzgar en razón del conocimiento y apreciación directa que hace de las personas y hechos sometidos a su examen y dispone por último de una mayor actividad y más amplias facultades [...]»³³.

Este principio resulta esencial por cuanto de nada valdrían la concentración, la oralidad y la inmediatez, si el o la jueza que recibe la prueba, no falla el asunto. Tal división ocasiona que dicho principio, no se efectivice en los despachos, donde estén conformados por un(a) juez(a) y un(a) juez(a) tramitador (a), y como no se regula expresamente, se presenta la política de que ya sea el o la jueza tramitadora o, en casos muy criticables, los (as) auxiliares judiciales reciben la prueba y no el(la) primero(a) a quien le corresponderá fallar el asunto.

No obstante, al menos en los despachos, desde hace algún tiempo, se ha tomado la decisión, atendiendo a hacer efectivo el principio de la identidad física del juzgador, de que sea el(la) mismo(a) juez(a) quien reciba la prueba, sea el(la) que dicte la sentencia en ese asunto. Sin embargo, resulta muy importante la normativización, porque obliga a que el o la jueza, ante quien se evacúan los elementos probatorios, resuelva el asunto. Pero presenta dificultad para ser aplicado, atendiendo a circunstancias particulares de los(as) juzgadores(as), originadas por ellos (as) o por la institución, como sucede con el nombramiento de jueces(zas) interinos(as), o bien, las suplencias en los casos de vacaciones, permisos o incapacidades.

La Ley Orgánica del Poder Judicial regula los casos, cuando los y las juzgadoras pierden sus competencias por causas determinadas y, por ende, conforme a lo establecido en los numerales 163 y 164 de ese cuerpo normativo, podría no cumplirse con lo establecido. Aunado a ello, no se establece una sanción ante el

33 Devis Echandía, Hernando. *Compendio de derecho procesal*. Tomo II, Décima edición. Editorial ABC, Bogotá, Colombia, 1965, pp. 51 ff.

incumplimiento de este principio, lo cual si se da en sede penal con la normativa vigente.

La oralidad en la audiencia probatoria, y la inmediatez dejarían de tener relevancia sino se garantiza a través de una norma concreta, que el mismo juez o tribunal colegiado que dictó el juicio es el que idealmente es el llamado a dictar sentencia. Durante todo el transcurso del juicio oral debe darse esa identidad³⁴.

Además, el jurista costarricense, Zeledón Zeledón, ha indicado: En segundo lugar, par ser consustancial con la oralidad debe necesariamente existir identidad física del juzgador entre el que recibió y evacuó la prueba y el que va a dictar la sentencia, mientras que en la verbalidad perfectamente un funcionario judicial puede evacuar la prueba y otro dicta la sentencia³⁵.

BÚSQUEDA DE LA VERDAD REAL

La búsqueda de la verdad real ha sido un principio cuestionado, por cuanto en la mayoría de los procesos, ha regido el principio de la verdad procesal que es la que surge del proceso, mediante los elementos probatorios y de convicción ahí allegados y, por ende, puede ser diferente la verdad real.

Sin embargo, se pretende, se busca y se aspira a que la justicia procesal esté acorde en lo que se pueda con la realidad de los hechos. Por tanto, la aspiración estriba dentro de las posibilidades legales a que el juez trate de descifrar la verdad real. No obstante, se requiere otorgarle al(a la) juzgador(a) poderes a fin de que, conforme a la ley y las limitaciones que le imponen la pretensión, la

contestación de la demanda y los alegatos o en su caso de lo debatido, pueda tratar de llegar en lo posible de la verdad procesal a lo que se denomina la verdad real. El presidente de Corte Plena, el Dr. Mora Mora, valoró tales estimaciones cuando manifestó en un discurso:

Las nuevas dimensiones de la modernización procesal deben estar acompañadas a la vez, de un juez reeducado, con amplios poderes para conducir el proceso e investigar la verdad real; un juez preferiblemente especializado, con una mentalidad abierta, que no le tema al cambio y con la flexibilidad suficiente para entender que como funcionario público que es, está sujeto a la rendición de cuentas; un juez consciente de su rol en la sociedad y con espíritu de servicio. Un juez activo, conciliador siempre que pueda, y firme cuando se requiera³⁶.

PUBLICIDAD

Según el procesalista costarricense, Arguedas Salazar, la publicidad es un complemento de

la oralidad que sirva para dar a conocer los conceptos jurídicos a toda la sociedad, en lo cual, [...] esta tiene interés [...] la opinión pública será un medio de control de los órganos jurisdiccionales [...] la publicidad constituye un medio educativo en cuanto a lo jurídico [...] Pero [...] no debe confundirse la publicidad con la espectacularidad [...] La publicidad funciona muy bien con la oralidad, aunque nada impide funcione de la misma forma en un proceso escrito [...]³⁷.

34 Ulate, Enrique, óp. cit.

35 Zeledón, Ricardo, óp. cit.

36 Mora Mora, Luis Paulino, óp. cit.

37 Arguedas Salazar, Oلمان, óp. cit., p. 65.

Para la doctrina agrarista

Constituye una garantía para las partes que intervienen en el proceso, pues es una forma de salvaguardar el contradictorio, y por ello cada parte tiene derecho a examinar y hacerse sabedor de lo actuado dentro del proceso. Respecto de terceros, la publicidad se convierte en la mejor garantía de imparcialidad de la administración de justicia que en todo caso, es una función pública. Por ello en las audiencias pueden participar terceros salvo [...] casos muy especiales, por razones de peligro o de seguridad, deba celebrarse el debate a puerta cerrada. La sentencia en todo caso debe ser leída a viva voz. La doctrina procesal agraria se inclina por un proceso donde predomine la palabra como medio de expresión. El principio de oralidad indica, pues, que en el derecho agrario los procesos en general y cada una de las actuaciones procesales que en ellos se lleven a cabo deben hacerse preferiblemente de viva voz y no por escrito [...] Esto con el fin de que las partes puedan actuar frente a frente, si cabe la expresión y que tanto las actuaciones de las partes, las diligencias ordenadas por el juez, así como la práctica de pruebas y la substanciación respectiva se efectúen de esa manera, esto es, en audiencias públicas³⁸.

PRECLUSIÓN

Este principio no está concebido en la doctrina como tal, más bien se ha estimado que responde a una de las características del proceso moderno, mediante el cual este se desarrolla en un orden determinado, a fin de obviar las partes que ejercitaron sus facultades en etapas anteriores ya precluidas. Consiste en que concluido un periodo o una etapa, no es posible retroceder a otro anterior.

La preclusión en realidad viene a contener, tanto los principios de certeza jurídica y de celeridad, a fin de no retrotraer el proceso a etapas procesales ya fenecidas, y con el objeto de que este marche hacia su fin, lo más rápido posible. No obstante, se ha de establecer al igual que en la Ley de la Jurisdicción Agraria vigente, la excepción a esta regla, cuando se haya dado una “actividad defectuosa”, porque a la letra el ordinal 26 en lo concerniente, dispone:

[...] El procedimiento será esencialmente verbal y, en virtud del impulso procesal de oficio, los tribunales estarán facultados para conducir su tramitación sin necesidad de gestión de partes. Cuando sea del caso, los tribunales podrán, por iniciativa propia, declarar nulidades y disponer la reposición de trámites, a fin de corregir irregularidades que pudieran afectar la validez del proceso; e igualmente están autorizados, ante el silencio de la ley, para aplicar, por analogía, las normas de la legislación laboral, o en su defecto, el código de procedimientos respectivo, con el objeto de proveer la debida celeridad y eficacia al proceso.

Sin embargo, este concepto resulta un tanto indeterminado, porque de acuerdo con el espíritu que informa la actual normativa vigente de cita, rige también el principio de conservación de los actos procesales, en virtud del cual, aun al haberse realizado una actividad defectuosa, esta se convalida, sino causa indefensión a alguna de las partes, por cuanto rige también el principio de la inexistencia de la nulidad por la nulidad misma (numerales 195 y 196 del Código Procesal Civil, aplicables a la fecha por remisión del canon de reciente transcripción). Es preciso señalar que debería agregarse, que solo lo es en cuanto cause perjuicio a alguna de las partes, dada la indefensión en donde se les deje, mas no en los casos donde esto no suceda o, si de alguna forma, se cumple con la omisión.

³⁸ Ulate Chacón, Enrique, óp. cit.

IMPUGNACIÓN

En doctrina se identifica este principio, como el de la instancia única o doble instancia, así la concibe que por economía y celeridad, se determine si el proceso debe o no gozar de más de una instancia. Y se considera si la ley se inclina por la pluralidad de instancias que estas no deben exceder de dos, como en el actual ordenamiento:

La doble instancia [...] constituye una mayor garantía para los justiciables pues con ella se produce un nuevo examen en revisión con lo hecho por el juzgador de primera instancia. Sin embargo en muchas ocasiones constituye un factor de atraso en la tramitación [...] La segunda instancia debe concebirse... como una revisión de la primera instancia, sin posibilidad del *ius novorum*, [...]". (Posibilidad de recibir prueba en segunda instancia). La única y doble instancia son problemas de organización judicial, atinentes a otros principios (oralidad, escritura y composición de tribunales).

Debe³⁹ concebirse simplemente como una revisión de la primera instancia. Por esa razón, es importante que las partes y los abogados, tengan conciencia de que jurídicamente, el proceso termina con la primera instancia. Lo anterior resulta trascendente en la medida que podría solucionarse con una buena regulación, problemas prácticos que se presentan en segunda instancia, la cual se constituye en muchas ocasiones, en receptora de pruebas que debieron ser evacuadas en la primera instancia.

ITINERANCIA DEL JUZGADOR

Se ha estimado como un principio original del proceso agrario. Alude al traslado del juzgador y estima la suscrita que debe ser ampliado a los

defensores y, en su caso, a los y las fiscales al lugar de los hechos que originan los procesos, tanto contenciosos como no contenciosos.

La justicia itinerante permite que los jueces no sean jueces de escritorio, sino que salgan de su sede a administrar la justicia, realizar sus actuaciones, evacuar prueba, tener contacto directo con el medio en el cual se desenvuelve la controversia, dentro de su ámbito de competencia territorial. No son los participantes quienes van al Tribunal sino que es el Tribunal quien llega al lugar de estos. La itinerancia implica un programa amplio, [...] meditado y oportunamente autorizado para la realización de numerosas diligencias en lugares previamente determinados. Esto quiere decir que el juez no debe ser sedentario, se ha dicho en otras palabras no es el campesino el que va en busca de la justicia a la ciudad sino que la justicia es la que va en búsqueda del campesino. Este es un elemento importante para lograr el acercamiento a la verdad real.

En Costa Rica el principio fue consagrado en el artículo 48 de la Ley de la Jurisdicción Agraria donde se establece: Siempre que sea posible realizar el juicio verbal en el predio afectado por el conflicto, la comparecencia se llevará a cabo en ese lugar y se practicará, en el mismo acto, la inspección ocular y cualquier otra clase de estudio de campo. Como se puede observar la norma es de carácter imperativo, en la práctica la mayoría de diligencias y juicios verbales se hacen en el campo, la itinerancia de los jueces agrarios ya es parte de la cultura de la justicia agraria, y es parte de la cultura campesina y también de los abogados que litigan en esta materia⁴⁰.

Este deber del(de la) juzgador(a) y del(de la) defensor(a) público(a), y cuando es procedente el o la fiscal, no lo es para todos los casos, pues en los que se dirimen asuntos de puro

39 Arguedas Salazar, Olman. En este sentido, consúltese óp. cit., p. 59.

40 Ulate Chacón, Enrique, óp. cit.

derecho o donde lo que se cuestiona, por ejemplo, es el desalojo a través de un proceso sumario de desahucio, y con base en la causal de no pago, no resulta esencial ir al lugar de los hechos. Sí lo sería en criterio de la suscrita, cuando se trate de asuntos, donde estén de por medio intereses de indígenas, dadas las condiciones económicas y de lejanía, donde se localizan estas comunidades étnicas. Estos aspectos hacen de estos grupos étnicos, uno de los más vulnerables para acceder a la justicia de modo efectivo.

PRINCIPIOS INCOMPATIBLES

Como principios incompatibles, se entienden aquellos contrarios a los expuestos. En este caso, pueden citarse los siguientes:

1. La escritura.
2. El inquisitivo.
3. La mediación.
4. La formalidad excesiva.
5. La denegación injustificada de justicia.

Los y las juzgadoras, así como las partes están en el deber de distinguir en cuáles casos se está en presencia de la aplicación de estos principios incompatibles y, por ende, su desaplicación con ciertas consideraciones, según se verá más adelante.

A veces se trata de combinaciones importantes, cuyo fin es buscar una mayor satisfacción de los(as) usuarios(as), debatiéndose los ordenamientos jurídicos entre oralidad y escritura, mediatez e inmediatez, concentración y celeridad, disponibilidad o inquisitorialidad, etc.

Así se tiene en doctrina que en sede agraria:

El principio inquisitivo [...] consiste en la obligación del juez de impulsar el proceso, dirigirlo en todas sus etapas, interrogar libremente a las partes, traer prueba al

proceso en aras de la verdad real, valorar libremente el resultado de la prueba. Todo lo cual se orienta a superar la facultad dispositiva de las partes, para entregarle al Juzgador el poder de dirección y el control sobre el proceso⁴¹. (*Lo enfatizado no responde al original*).

Si bien se comparte lo inicial, se podría cuestionar, si la valoración de la prueba libremente, más bien atañe a una de las formas de apreciar la prueba, sea que no es en sí un principio, sino un sistema valorativo que, en ese caso, la normativa expresamente debe indicarlo, como en la actualidad lo hace tanto en esta disciplina, como en la laboral.

También la doctrina y los estudiosos del derecho procesal, cuestionan el contenido de los principios que deben informar los procesos, así como el cuestionamiento, según la clase de proceso, de cuáles son o deberían ser los más afines y que deben inspirarlos, ya sea regulados en sede judicial y, recientemente, los que se tramitan en vía extrajudicial, como el arbitraje.

Tal reforma obliga a estudiar los elementos esenciales del proceso, para lograr entender a cabalidad, el sentido de las normas procesales y la conveniencia o no de su aprobación en los términos actuales. Sin embargo, resulta importante analizar las ventajas de la redacción de un CÓDIGO PROCESAL AGROAMBIENTAL, los procesos que se regularán, tanto en dicho proyecto, como en la legislación vigente. Además, se debe confrontar, si en efecto en los motivos que se aducen, radica el atraso dado en los despachos judiciales; o si se deberá a otros elementos en algunos casos exógenos al Poder Judicial. Igual trascendencia requiere el análisis de la normativa en el proyecto, ya que podrían darse eventuales inconveniencias, tanto de contenido como de redacción y del tecnicismo requerido para el tipo de normativa que se trata.

⁴¹ Ulate Chacón, Enrique, óp. cit.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Del estudio realizado, se puede obtener con pródiga claridad la idea de que el derecho procesal, ha ido evolucionando en el tiempo. Las pautas del derecho romano se volvieron a elaborar y otras se perfeccionaron, a través de los siglos. No debemos perder de vista que el derecho en general, trata de ser dinámico por antonomasia y el derecho procesal no es la excepción, pues los tratadistas y estudiosos de esta rama jurídica, han pretendido impregnar las normas de todos aquellos principios que respondan de la mejor manera posible, a la solicitud y pretensiones de las sociedad, y dentro de estas, al ser humano, como un medio de buscar y obtener la paz social o lo pretendido. Para ello han tratado de ir perfeccionando y readaptando todos los institutos, instituciones, actos, procedimientos y procesos en la mayoría de los casos a esa realidad imperante.

Los modernos sistemas procesales son reflejo palpable de las anteriores luchas e inquietudes que han evolucionado. Además, se han llegado a concebir trascendentalmente en la mayoría de los casos, en lo que a procesos se refiere, la instauración y puesta en práctica de los sistemas procesales basados en principios, donde predominan los dispositivos de corte oral, así como la celeridad, garantía de la doble instancia, publicidad, concentración y humanización. No obstante, se deja ver la necesidad de la escritura para algunas etapas y actos en los procesos.

En cualquier tipo de sistema procesal: oral, escrito o mixto, el(la) juez(a) debe ver (leer) y oír, y en algunos casos, hasta palpar y descifrar la prueba. Pero, respecto a los dos primeros, el énfasis cambia según el tipo de proceso, en el escrito por lo general, solamente ve (pues casi todo lo tiene que apreciar, a través de la lectura de alegatos). Y, en el segundo, lo que se pretende es la aplicación de ambos a la vez (oiga y vea), para que así tenga una mejor apreciación del mensaje que se le quiere hacer llegar, y su decisión sea más precisa y justa.

Dados los cambios acelerados que se han producido en el país y en el mundo, entre otras por las nuevas corrientes económicas, de comunicación y socioambientales, así como por la opinión de algunos en cuanto a retardos dados en el Poder Judicial y achacados en parte a la forma cómo aparecen regulados los distintos procesos y procedimientos, se ha estimado la necesidad de un sistema procesal más dinámico y práctico, así como más económico, aspectos entre otros que debería reunir tal normativa.

De esta manera, la Corte Suprema de Justicia, preocupada por el atraso generado en los despachos, así como por estar el ser humano en primer lugar, ha considerado en parte la necesidad de elaborar distintos proyectos de códigos procesales, ahora el del Código Procesal Agrario. Es importante anotar que este ha sufrido constantes variantes que se han ido efectuando, pues existen varias críticas que les han planteado a las distintas propuestas.

Se ha tratado de manera somera y, únicamente, desde el ángulo de la institución del proceso, así como de los principios que se señalan, hacer una comparación desde varios aspectos, tanto de redacción, tecnicismos y contenido, la cual puede regular esta normativa. También algunos consideran que se deben limitar los principios.

Con la finalidad de arribar a una conclusión fructífera, fundada en la ciencia del derecho procesal y la experiencia en la realidad que se va a regular con tales disposiciones objetivas, se ha ahondado en algunos institutos y conceptos, como lo son: EL PROCESO, LOS PRINCIPIOS más importantes que deben informar este código, así como a fin de cumplir con el objeto del origen y razón de ser de este proyecto, los cuales se han plasmado en anteriores proyectos o se citan en la doctrina.

Tales principios, catalogados por otros como directrices y que han de ser tomadas en cuenta, tanto por el juez como la jueza, las partes y

terceros interesados, no se manifiestan en la práctica en forma pura, pero deben quedar incorporados en el cuerpo normativo procesal para que inspiren la interpretación que ha de darse al resto del articulado.

Al advertirse las ventajas de lo actualmente regulado con la experiencia que se ha tenido por los tribunales especializados, se deberá incursionar en el proyecto, una vez que se haya redactado, a fin de comparar ambas normativas e indicar con todo ello, si en realidad se podrá vislumbrar, si los principios que las inspiran son factibles de ser o no efectivos en la práctica.

Pero la oralidad como sistema procesal puro, no se ha dado, ni tampoco sería la panacea, si no se originan los cambios requeridos, no solo en la normativa, sino en la actitud de quienes administran justicia y, de alguna forma, participan en los procesos agrarios.

Por tanto, en este reto que estamos imbuidos, les corresponde ahora a todos(as) los interesados(das), poner un granito de arena y criticar, aportar ideas y cuestionarse lo que sería mejor para una administración de justicia, no solo rápida, sencilla, accesible, sino también humana.

Conciliación

Con el diálogo judicial que se genera, los personajes imprimen un ambiente propicio para que se termine con el drama que les lleva al litigio, porque a veces, por primera vez, las partes contendientes se cruzan palabras, ya que por lo general, si bien, en un inicio están en posiciones distantes y antagónicas, luego y, en muchas ocasiones, a través de las etapas de corte oral del proceso, encuentran una solución alterna más beneficiosa que

la que daría una sentencia. Esto facilita la conciliación en los procesos conciliables.

En muchos casos, donde ya cesa el brutal encuentro de ímpetus guerreros que los llevó a dar inicio al íter procesal o el simple espíritu de lucha y el empeño por vencer, el cual puede agravarse, conforme se engrosan los expedientes, y con ellos, la sed de ganar con todos los estímulos, se puede entrar en una fase de diálogo con la orientación debida de juzgadores(as) y asesores(as) capacitados (as) en técnicas de conciliación. Así surge la trascendencia social de este tema que, en procesos de corte oral, se facilita y se estimula esta forma alterna para finiquitar una lite.

Medidas precautorias

Las etapas de preeminencia oral, también les permiten al(a la) juzgador(a) y litigantes, tomar conciencia de la realidad del litigio y del entorno en que se da. De esta manera, de una forma viva e inmediata, se observan las odiseas de las partes, testigos, parientes y vecinos(as). Estos aspectos benefician la toma de decisiones inmediatas, mediante el instituto de las medidas cautelares, a fin de obviar males mayores.

Parte del proceso de redacción del proyecto, está en ustedes, puesto que la Comisión no se debería aislar, sino que pretende involucrar a todos los sectores. En la medida en que participen, se obtendrá un producto más fructífero. Asimismo, se deben tomar muy en cuenta dentro de esta propuesta procesal, la taxatividad impugnativa y la itinerancia de los (as) juzgadores(as) y defensores(as), a efecto de mantener en lo posible, lo resuelto en la primera instancia, con base en lo obtenido de la realidad, a través de la inmediatez que genera la oralidad en la primera instancia.

BIBLIOGRAFÍA

ALSINA, Hugo. Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Buenos Aires, Tomo I, Editorial Ediar S.A., 1963.

ANTILLÓN, Walter. Parte II ¿Escritura u Oralidad?

ARGUEDAS SALAZAR, Olman. En ensayo: Principios del Proceso Civil. Revista Judicial n.º18, diciembre, 1980.

ARGUEDAS SALAZAR, Olman. Temas Procesales. San José, Tomo II, Editorial Juritexto, 1996.

ARGUEDAS SALAZAR, Olman. Teoría General del Proceso. San José, Editorial Juritexto, 2000.

CASTILLO VARGAS, Sara. La Oralidad, El Reto de la Administración de la Justicia.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Nociones Generales de Derecho Procesal Civil. Bogotá, Editorial Aguilar, s.a.c.

COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL. TOMO II. Décima edición. Editorial A B C, Bogotá, Colombia, 1965.

LÓPEZ GONZÁLEZ, Jorge Alberto. La Oralidad y sus Implicaciones en el Proceso Civil Declarativo en España y Costa Rica. Tesis doctoral presentada por el licenciado Jorge Alberto López González, dirigida por el profesor, doctor Alberto Montón Redondo. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Procesal. Madrid. España, 2000.

Teoría General sobre el Principio de Oralidad en el Proceso Civil. Editorial s.n. Primera Edición, agosto 2001.

PALLARES, Eduardo. DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL. 5ta. Edición. Editorial Porrúa S.A, México, 1966.

QUIRÓS, Jenny. Manual de oralidad para jueces y juezas. Editorial CONAMAJ, 2006. Costa Rica.

SENTÍS MELENDO, Santiago. El Proceso Civil. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina, 1957.

VESCOVI, Enrique. Ensayo: Bases generales para un Código procesal agrario en Memoria del VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal (1979).

ULATE CHACÓN, Enrique. Tratado de Derecho Procesal Agrario. Tomo I, Editorial Guayacán, 1999.

ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo. DERECHO PROCESAL AGRARIO. Tomo II. Volumen I. Editorial ILANUD: Escuela Judicial, 1990.

NORMATIVA

Ley de la Jurisdicción Agraria
Código Modelo de Iberoamérica
Código Procesal Civil vigente
Proyectos de ley

DISCURSOS

MORA MORA, Luis Paulino. Discurso de la apertura del Año Judicial 2000.



PERSONALIDAD JURÍDICA Y AUTONOMÍA PRIVADA EN EL DERECHO SOCIETARIO

Gastón Certad M.
Catedrático de Derecho Comercial

A la memoria de mi adorada madre

SUMARIO:

- 1.- AUTONOMÍA PRIVADA Y DERECHO SOCIETARIO.
- 2.- LA PERSONALIDAD JURÍDICA Y LA INDEROGABILIDAD DE LA ESTRUCTURA CORPORATIVA.
- 3.- LA PERSONALIDAD JURÍDICA Y LA DESVIACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD PERSONAL POR LAS OBLIGACIONES SOCIALES.
- 4.- LA REFORMA DE NUESTRO DERECHO SOCIETARIO CON LA PROMULGACIÓN DEL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1964 Y LA RESPONSABILIDAD POR LAS OBLIGACIONES SOCIALES.
- 5.- PERSONALIDAD JURÍDICA Y ESTRUCTURA CORPORATIVA.
- 6.- LA ESTRUCTURA CORPORATIVA Y LA REFORMA DEL DERECHO SOCIETARIO CON EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1964 Y CON LA LEY REGULADORA DEL MERCADO DE VALORES DE 1990.
- 7.- ESTRUCTURA CORPORATIVA Y AUTONOMÍA PRIVADA.
- 8.- LA ELABORACIÓN DOCTRINAL SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA.
- 9.- CONCLUSIONES.

PERSONALIDAD JURÍDICA Y AUTONOMÍA PRIVADA EN EL DERECHO SOCIETARIO

Gastón Certad M.
Catedrático de Derecho Comercial

1.- Si en lo que corresponde al derecho privado, las ideologías iusnaturalistas antes y las liberales después, reconocieron, como expresión del hombre y de los mercaderes, la posibilidad de autodeterminarse libremente –actuando casi como legisladores autónomos– en materia societaria, el ejercicio de la autonomía privada, sobre todo en relación con la constitución de las sociedades de mayor relieve económico, ha estado siempre comprimido y encañalado en áreas estrechas y bien definidas.

Acondicionar la distinta evolución de esas dos figuras contractuales fue, en realidad, la diferente influencia que el contrato de sociedad tiene sobre las relaciones jurídicas, en atención a la mayor complejidad de los intereses envueltos y a la mayor relevancia fáctica que indudablemente caracteriza la actividad respecto al acto¹, y por eso ha parecido oportuno, para la seguridad del tráfico comercial, que ciertas actividades empresariales fueran diferentemente autorizadas y/o controladas².

El control en nuestro medio se ha limitado, hasta ahora, a una vigilancia de la actividad. Pero en recientes reformas al derecho de las sociedades en Italia, el control se ha extendido

a los acuerdos sociales sobre las modalidades de desarrollo de la actividad de empresa: ejemplos paradigmáticos son el proceso de homologación³ y la adopción de la forma del acto público que, a su vez, conllevan el control notarial sobre el acto.

No olvidemos que la estructura de la sociedad está ulteriormente protegida por el principio de tipicidad y por una infinidad de normas imperativas o de orden público, que la jurisprudencia y la doctrina han retenido y que caracterizan al tipo societario.

Por tanto, si en el derecho privado la evolución históricamente recorrida por el concepto de autonomía privada, pasó de una concepción expansiva (y liberal), entendida como plena libertad de las partes de autodeterminarse, producto de la legislación napoleónica, a una acepción más condicionada, más atenta, es decir, a las exigencias de solidaridad y tutela de los sujetos contractualmente más débiles, del derecho contemporáneo, en el ámbito más específicamente societario, la autonomía privada ha estado, por el contrario, siempre comprimida y seriamente limitada. Esta característica se da no solo en nuestro país, sino en el derecho de sociedades de la Europa continental⁴.

1 FERRO-LUZZI, Pietro. “I contratti associativi”. Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1971, pp. 188 ss.

No obstante nos parece importante resaltar que el concepto de actividad, al indicarnos en forma resumida la expresión de una pluralidad de actos unidos entre sí para el ejercicio de la empresa, a veces asume un relieve autónomo, siendo objeto de una normativa distinta, respecto a la específica de los actos que la componen. Véase ASCARELLI, Tullio. “Lezioni di diritto commerciale”. Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1955, pp. 145 ss. AULETTA, Giuseppe Giacomo, “Attività (diritto privato)”, voz, en Enciclopedia del Diritto, IV, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1958.

2 Como sucede en nuestro país con las actividades financieras, bancarias y bursátiles.

3 En Italia, la Ley N.º 340/2000 delegó las funciones de control sobre el acto constitutivo de las sociedades al notario autorizante de la respectiva escritura, quitándoselas al presidente del tribunal mercantil del domicilio de la sociedad, que antes las tenía.

4 En tesis de principio, se afirmaba la autonomía privada en materia societaria, pero cuando nos encontrábamos ante un caso concreto, era generalmente negada por la jurisprudencia.

Por estos motivos, la autonomía privada encuentra un límite en las normas imperativas y en las disposiciones contrarias al orden público y a las buenas costumbres, aunque en cuanto a estas últimas, debemos reconocer que son de escasa incidencia en el fenómeno societario.

Nadie se atreve hoy a discutir que las normas que concurren a delinear los distintos tipos sociales previstos legalmente y su funcionamiento, deben considerarse imperativas⁵. Asimismo, según una opinión bastante difundida, las normas imperativas prevalecen respecto a las dispositivas, en atención a que el contrato de sociedad tiene un radio de acción más amplio, respecto a cualquier otro contrato, con la consecuencia de que la rigidez del modelo y de la organización, debe considerarse justificada por la necesidad de tutelar el interés de los acreedores, de los socios minoritarios, de los terceros y del interés público en general⁶.

Recientemente, después de la afirmación, también en la doctrina italiana⁷, de las teorías norteamericanas que se centran en el análisis económico del derecho, hemos asistido a una mayor atención hacia los problemas ligados a la autonomía privada de los socios.

De esta forma, la idea de que las sociedades de capital deban ser gobernadas por un buen número de normas imperativas, ha sido progresivamente puesta en discusión, sobre

todo por autores anglosajones. No obstante, siempre permanece abierto el inminente problema del grado de "imperatividad" que el derecho societario debe tener.

2.- Alguien ha observado que:

las normas imperativas son ciertamente normas escritas, pero no siempre es escrita la norma que califica como inderogable, o imperativa, o inválida, esta o aquella norma escrita" y que "toda la dificultad está en adivinar la norma (no escrita) calificativa⁸.

Por lo anterior se colige que, en general, la inderogabilidad de una norma se deduce, en vía interpretativa, de los principios generales y los intereses concretos que se consideran merecedores de tutela jurídica. El verdadero problema está, entonces, en individuar cuáles son esos principios generales y esos intereses que, en distintos modos, han influenciado e influncian a la jurisprudencia en materia societaria, en cuanto ellos son los verdaderos límites que la autonomía privada en materia societaria, ha encontrado siempre, y encontrará siempre, en su evolución.

Consideramos que entre estos, un puesto de primer orden corresponde al modo de entender la personalidad jurídica⁹. Y es que la personalidad jurídica y el interés público

5 El jurista italiano SPADA, en un artículo publicado hace más de diez años en la Rivista di Diritto Civile, llegó a afirmar que "la sociedad por acciones es hija más de la Autoridad que de la libertad", citado por GIORDANO, Domenico. "Le limitazioni all'autonomia privata nelle società di capitali". Giuffrè Editore, Milano, Italia, 2006, p. 16, n.º 23.

6 GAMBINO, Alberto María. "Il principio di correttezza nell'assemblea delle società per azioni". Giuffrè Editore, Milano, 1987. GIORDANO, óp. cit., en nota 4, p. 16. JAEGER, Pier Giusto. "L'interesse sociale". Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1964. PREITE, D. "L'abuso della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari della società per azioni". Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1992.

7 DENOZZA, Francesco. "Norme efficienti". Giuffrè Editore, Milano, 2002. MARCHETTI, C. "La nexus of contract theory". Giuffrè Editore, Milano, Italia, 2000.

8 SACCO, R. citado por GIORDANO, óp. cit., en nota 4, p. 29.

9 Entre las principales contribuciones doctrinales a este importantísimo tema en Italia nos permitimos señalar, no sin denotar que en estos últimos cincuenta años, han sido bien pocos los autores que se han preocupado por desarrollarlo, a: CAMPOBASSO, M. "L'imputazione di conoscenza nelle società". Giuffrè Editore, Milano, Italia, 2002. D'ALESSANDRO, F. "Persone giuridiche e analisi del linguaggio". En Studi in memoria di Tullio Ascarelli, vol. I, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1976, pp. 241 ss. FERRARA Sr., Francesco. "Le persone giuridiche". U.T.E.T, Torino, Italia, 1956. GALGANO, Francesco. "Delle persone giuridiche". En Commentario al Codice Civile diretto da Scialoja e Branca, artt. 11-35, Bologna-Roma, Italia, 1969. LIBONATI, Berardino. " Holding e Investment trust". Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1959, pp. 133 ss.. MONTALENTI, Paolo. "Riflessioni in tema di personalità giuridica". En Studi in onore di Pietro Rescigno, II, 1. Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1998, p. 559. ROSSI, Giuseppe. "Personalità giuridica, proprietà e rischio d'impresa". Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1967. ZATTI, Paolo. "Persona giuridica e soggettività". CEDAM, Padova, Italia, 1975.

constituyen, sin dudarlo, algunos de los principales límites, de orden histórico, político y cultural a la autonomía privada¹⁰.

El modo de comprender esta institución ha condicionado la materia societaria, constituyendo uno de los principales límites a la autonomía privada.

Así, por ejemplo, la forma en que está redactado el artículo 17¹¹ nos parece indicativa de la necesaria tipicidad de las sociedades mercantiles. Encontramos la ratio del carácter imperativo de ese ordinal, en la circunstancia de que las personas jurídicas, precisamente en cuanto son una creación del ordenamiento, deben encontrar en él su propio reconocimiento. Por ello no sería posible, para nosotros, crear sujetos jurídicos atípicos, precisamente porque el ordenamiento jurídico reconoce la personalidad a organismos distintos de las personas físicas, precisamente en cuanto presenten determinados requisitos fácticos. Está prohibido, por ende, a los sujetos de derecho privado, sustituir al Estado en la creación de sujetos de derecho atípicos.

Como se aprecia, y no obstante por ser la interpretación de esa norma extremadamente clara, en prohibir la constitución de sociedades atípicas consideradas por el legislador muy probablemente dañinas para el ordenado desarrollo de las actividades comerciales y para la confianza que esas actividades y los sujetos que las ejecutan deben infundir, se advirtió la necesidad de justificar esa exclusión, recurriendo al concepto de personalidad jurídica y a las normas privilegiadas que la regulan.

Sin embargo, ante este “principio de tipicidad”, la doctrina es pacífica en reconocer que él no impide la inclusión, dentro del acto constitutivo de una sociedad típica, de cláusulas “atípicas”.

Esta conclusión encuentra una ulterior y directa confirmación para la s. a. en los artículos 18 y 104. Estas normas prevén que el estatuto contenga las disposiciones relativas al funcionamiento de la sociedad.

Así en el momento en que el legislador, en el artículo 19, atribuye a las sociedades mercantiles, personalidad jurídica como efecto de su inscripción en el Registro Nacional de Personas Jurídicas, así como la correlativa y total separación del patrimonio del ente de los de sus socios en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, les impone una estructura típica, cuya integridad es preservada, a tutela de los terceros y de la colectividad, mediante la sustracción a los socios del poder de disposición o de disminuirla con actos de autonomía privada.

De esta manera, se desprende que la autonomía privada en materia societaria encontraría un límite en la estructura misma de la personalidad jurídica, lo que significa que la fórmula “estructura de la personalidad jurídica” equivale a la de “organización” de la sociedad.

Los argumentos de la doctrina y de la jurisprudencia sobre la imposibilidad de alterar la estructura organizativa de la sociedad, se han basado tradicionalmente sobre las siguientes y, aparentemente insoslayables, consideraciones:

10 La razón de esta mezcla fue bien evidenciada por la doctrina italiana anterior al Codice Civile del '42 de la siguiente manera: “mientras las sociedades en nombre colectivo y en comandita son de formación natural[...] la sociedad anónima es de formación artificial, en el sentido que su constitución es excitada por el Estado, para proveer, con la unión de muchas energías, al logro de aquellos objetivos comerciales o industriales que las fuerzas aisladas e individuales no podían aisladamente alcanzar”. Así se concluye que “la génesis de la sociedad anónima debemos más bien encontrarla en el derecho público y no en el derecho privado”. Hoy, en los modernos sistemas económicos, nadie duda de que la personalidad que caracteriza a la sociedad anónima, pertenece al derecho privado y no al derecho público. Llegados a este punto, nos parece importante acotar que en Italia, a diferencia de lo que acontece en nuestro país, las únicas sociedades dotadas de personalidad jurídica, como consecuencia de su inscripción en el Registro delle Imprese son la s.a. y la s.r.l. Las llamadas sociedades de personas no tienen personalidad jurídica propia, lo que nos parece sustancialmente correcto en cuanto en ellas. Es muy difícil diferenciar el patrimonio de la sociedad de los patrimonios particulares de los socios que las integran; son más bien patrimonios autónomos!

11 Cuando en este texto citemos un artículo de ley, sin indicar su procedencia, se entenderá que se trata del Código de Comercio.

- a) La personalidad jurídica es la desviación del principio general de la responsabilidad personal por las obligaciones sociales, por lo que la misma organización corporativa es la contrapartida a dicho régimen de favor.
- b) La estructura corporativa es un elemento esencial e inderogable de la personalidad jurídica.
- c) Como es la ley la que crea al ente, solo la ley puede modificar su estructura.

3.- Por mucho tiempo se creyó que la limitación de la responsabilidad debía considerarse, como el beneficium concedido por el ordenamiento jurídico a las empresas de mayores dimensiones.

Ante todo nos parece importante relevar que, contrario a lo que normalmente se piensa, entre límite de responsabilidad y personalidad jurídica, no se instaura una relación directa en el sentido de que la limitación de la responsabilidad, no es un elemento que caracterice a la personalidad jurídica sino, por el contrario, es un elemento mediato, instrumental y, por añadidura, también eventual: con la personalidad jurídica se realiza un “principio de separación”¹², ejecutado a través de una “abstracción”, al cual puede acceder o no una limitación de la responsabilidad.

Un ejemplo muy significativo, en ese sentido, nos viene del derecho romano, cuyo pensamiento jurídico no había alcanzado un refinamiento tal de concebir una idea de grupo distinta de las personas que lo componían¹³.

No es sino recientemente, con la afirmación del sistema capitalista fundado en el trabajo libre, que la separación del patrimonio solo puede alcanzarse, a través de la creación de un sujeto distinto del empresario (real), a quien darle la titularidad del patrimonio mismo.

No hay otra vía, entonces, que recurrir a la creación de una sociedad con personalidad jurídica propia.

Por consiguiente, la personalidad jurídica no es más que una particular técnica jurídica, que produce una especie de desdoblamiento de la personalidad, haciendo del conjunto una persona (jurídica) distinta a las personas (físicas y jurídicas) que la componen, con una subjetividad toda suya, un patrimonio propio y una capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, y de participar en juicios de modo independiente a cada uno de los socios.

Así, la técnica del patrimonio separado le es imputada al ente personificado, tercero frente a terceros y a los mismos socios. La personalidad jurídica es, entonces, una técnica jurídica por medio de la cual, se realiza el “principio de separación”, en donde la limitación de la responsabilidad se configura solo como una de las (distintas) consecuencias de la realización de semejante principio: un reflejo, por ende, y además, innecesario y eventual¹⁴.

4.- Con la promulgación del actual Código de Comercio en 1964, la personalidad jurídica y el beneficio de la limitación de la responsabilidad no son incompatibles con el ejercicio unipersonal de la actividad de empresa, siempre que se respeten las formas de publicidad y las garantías impuestas por la ley para tutelar a terceros. Hoy, quien desea emprender una actividad empresarial, puede escoger cualquiera de las formas previstas en los artículos 17 y siguientes o la de la empresa individual de responsabilidad limitada (artículos. 9 a 16) o la de la sociedad anónima unipersonal (artículo 202).

Otras figuras del derecho comercial asociativo contemporáneo, como las sociedades con

12 BASILE, Massimo-FALZEA, Angelo. “Persona giuridica (diritto privato)”. Voce en Enciclopedia del Diritto, XXXIII, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1983, pp. 234 ss. SCALFI, G.C. “L’idea di persona giuridica e le formazioni sociali titolari di rapporti nel diritto privato”. Giuffrè Editore, Milano, 1968; ZATTI, óp. cit., en nota 9.

13 El derecho romano clásico y el justiniano, no conocieron a la persona jurídica. Para ellos persona era solo el hombre libre.

14 GIORDANO, óp. cit. en nota 4, p. 41.

responsabilidad limitada unipersonales o los denominados “patrimonios separados”, los cuales están destinados exclusivamente a un específico negocio o bien el convenio con el que en el contrato de financiación de un determinado negocio, al reembolso total o parcial del financiamiento, se destine el producto del negocio mismo o parte de él¹⁵, no están aún contempladas en nuestro cuerpo mercantil de leyes, pero creemos que tarde o temprano las deberemos incluir.

Todas estas normas introducen una importante derogación al principio general de la responsabilidad genérica por las obligaciones, enunciado en el artículo 886 del Código Civil, de que el patrimonio de la persona es prenda común de sus acreedores.

Por lo anterior, podemos enumerar algunas consideraciones importantes:

- a) El empresario individual o colectivo goza hoy –y podría gozar aún más en el futuro– de una amplia escogencia de formas de organización patrimonial de la actividad de empresa.
- b) Esa diversificación se efectúa mediante el uso de la persona jurídica, en virtud del “principio de separación” que le permite la imputación del patrimonio a un sujeto.
- c) Son compatibles con la persona jurídica, tanto la limitación de la responsabilidad cuanto la asunción de una responsabilidad ilimitada (sociedad en nombre colectivo) o formas intermedias (sociedad en comandita).
- d) El patrimonio imputado al sujeto puede ser único, pero puede también asumir una estructura separada y diferenciada. Esta última técnica se nos revela particularmente útil, para realizar formas de división de la

misma actividad empresarial, creando de tal modo, ramas de empresa limitadamente responsables que, sin embargo, forman parte de la misma sociedad.

De esta manera, la personalidad jurídica es un particular y eficiente instrumento jurídico, mediante el cual se ejecuta aquel “principio de separación” para imputarle determinadas relaciones jurídicas y, entre estas, las patrimoniales.

Hoy, si observamos la sociedad anónima bajo un perfil diacrónico, caemos en cuenta de que la responsabilidad limitada, por siglos considerada como una prerrogativa absoluta de la personalidad jurídica, tanto de ser sancionada con la responsabilidad personal, en caso de que se utilizara con fines abusivos, es, en realidad, aquella eficaz técnica jurídica por medio de la cual, el legislador, por razones de política legislativa (ligadas obviamente a las distintas necesidades económicas) puede adherir o no una responsabilidad personal limitada o ilimitada (como es hoy para la sociedad anónima unipersonal o para empresa individual de responsabilidad limitada), o escoger formas de responsabilidad “mixtas”, como sucede con la sociedad en comandita, o bien fragmentar ulteriormente el patrimonio único de la persona jurídica, mediante la creación de patrimonios separados.

5.- Se dice que otro argumento utilizado por la doctrina y por la jurisprudencia para limitar la autonomía privada en las sociedades de capital, es que la personalidad jurídica se caracteriza por la presencia de una estructura corporativa inderogable, y que el denominado “principio de las asambleas” caracteriza el procedimiento deliberativo, en especial, en

15 Como la incluída por el legislador italiano en el decreto legislativo 6/2003 que adicionó el Codice Civile con el artículo 2447-bis “(Patrimoni destinati ad uno specifico affare).- La società può: a) costituire uno o più patrimoni ciascuno dei quali destinato in via esclusiva ad uno specifico affare; b) convenire che nel contratto relativo al finanziamento di uno specifico affare al rimborso totale o parziale del finanziamento medesimo siano destinati i proventi dell'affare stesso, o parte di essi. Salvo quanto disposto in leggi speciali, i patrimoni destinati ai sensi della lettera a) del primo comma non possono essere costituiti per un valore complessivamente superiore al dieci per cento del patrimonio netto della società e non possono comunque essere costituiti per l'esercizio di affari attinenti ad attività riservate in base alle leggi speciali”.

las sociedades de capital¹⁶. Este concepto fue elaborado principalmente por la doctrina mercantil de fines del siglo XIX, a través de la denominada “teoría orgánica”, cuyos principales seguidores de origen alemán, fueron von Gierke y Preuss¹⁷. Esta posición hizo de la asamblea el elemento unificador de la personalidad jurídica bajo el perfil de la manifestación de la voluntad¹⁸.

Sin embargo, la atención de los autores fue inicialmente atraída más que por la función unificadora del órgano interno (la asamblea), por la unificación del grupo que se daba por su medio en las relaciones externas¹⁹.

Ahora bien, la constatación más reciente de que el ordenamiento jurídico atribuye una cierta subjetividad a entidades colectivas a las que nos les reconoce expresamente la personalidad jurídicas (las llamadas “sociedades no personificadas”), ha impulsado a la doctrina a buscar los elementos que la caracterizan²⁰.

Estos elementos no se han individuado en la unificación subjetiva del grupo (presente en medida variable también en sujetos

sin personalidad), sino en su estructura corporativa.

El corolario que se deriva de semejante afirmación, es que la personalidad jurídica puede ser reconocida, solo en aquellas sociedades, en donde dicha estructura está presente, pero también, para el aspecto que aquí nos interesa, la estructura corporativa es un elemento esencial e inderogable de la personalidad jurídica misma y, por lo tanto, la autonomía privada no puede modificarlo.

6.- La idea de que la persona jurídica se caracterice (casi bajo un punto de vista “tipológico”) por la presencia de una estructura corporativa contrasta. Sin embargo, con el dato normativo en cuanto nuestra legislación civil más reciente, y el propio Código de Comercio vigente, han previsto la subsistencia de organizaciones de tipo corporativo para situaciones jurídicas de cotitularidad sobre derechos reales y para propiedades imperfectas o limitadas (artículo 265 C.C.) que, a pesar de caracterizarse por la presencia de una unificación subjetiva frente a terceros, no han sido reconocidas *expressi verbis* por el legislador como personas jurídicas.

16 Sobre la naturaleza inderogable de la disciplina dictada por el procedimiento de las asambleas en las sociedades de capital, véase COTTINO, Gastote. “*Le convenzioni di voto*”. Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1958, pp. 170 ss. GRIPPO, G. “*L’assemblea nelle società per azioni*”. En Trattato di diritto privato diretto da Pietro Rescigno. Vol. XVI. Impresa e lavoro, T. II, UTET, Torino, Italia, 1985, pp. 363 ss. ROSSI, S. “*Il voto extrassembleare nelle società di capitali*”. Giuffrè Editore, Milano, Italia.

17 Según esta teoría de la denominada “escuela orgánica” (Organismuslehre), la persona jurídica no es un ente creado por una fictio legis, sino un ente real, producido como tal por la colectividad. Por lo tanto, sus órganos no son externos a la colectividad de la que se compone la personalidad jurídica, sino que son sus órganos internos y, como tales, entre ellos no puede existir una relación de representación (que presupondría una separación entre representante y representado), sino una relación de organicidad (Organschaft) que fue llamada de “representación orgánica”.

18 La “organicidad” conlleva a que el acto cumplido por la persona física, en su función de órgano de un ente colectivo, sea imputable directa y unitariamente al ente, tanto bajo el perfil de la “referibilidad” de la voluntad, como bajo el de los efectos. La imputación directa al órgano permite así evitar la escisión propia de la representación voluntaria, entre el sujeto que externa la voluntad y el sujeto al que se le imputan los efectos. El órgano se convierte, de esa manera, en el instrumento técnico a través del cual, es posible efectuar la superación de la duplicidad de imputaciones propia de quien actúa por cuenta ajena.

Sin embargo debemos reconocer que la teoría orgánica ha sido objeto de ásperas críticas por representar el cruce inevitable de las diferentes interpretaciones sobre la persona jurídica, primera entre todas, la llamada “teoría de la realidad de la persona jurídica”. Por ejemplo, se ha indicado que la distinción entre órgano y representante, es en realidad ficticia, pues la persona jurídica se debe realmente valer de individuos que actúen “en nombre y por cuenta” del ente, de donde el problema de la representación orgánica, ha envuelto, de esta manera, también la capacidad de actuar del ente. Véase AURICCHIO, A. “*Associazioni riconosciute*”. Voz en Enciclopedia del diritto, III, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1958, p. 894. COVIELLO, Incola. “*Manuale di Diritto Civile Italiano*”. I, Napoli, Italia, 1924, pp. 207 ss. FERRARA Sr., óp. cit., en nota 9, p. 111, n.º 1.

19 Nuestra Sala Primera ha admitido recientemente que nuestro Código de Comercio, en materia de sociedades anónimas sigue la teoría orgánica, a través del Código de Comercio de Honduras de 1950 y la Ley de Sociedades Mercantiles de México de 1932.

20 Entre los autores que se han dedicado expresamente al análisis del concepto de subjetividad jurídica, señalamos entre otros a D’ALESSANDRO (óp. cit., en nota 9, p. 253) y SCALFI (óp. cit., en nota 12).

Las normas en materia de condominio²¹, vgr., prevén una estructura organizativa articulada y hacen expresa referencia a la asamblea de condóminos, contemplando disposiciones bastante detalladas en lo concerniente a la reglamentación de la convocatoria y de la validez de las deliberaciones en esas asambleas.

Por su parte, también la constitución y el funcionamiento de un fideicomiso, contemplan una estructura organizativa, aunque seguramente menos articulada que la del condominio.

Un sector doctrinario ha respondido a estas observaciones que la personalidad jurídica está reconocida por el ordenamiento, solo a aquellos grupos colectivos cuya estructura corporativa, aunque tenga un cierto grado de complejidad, resulte inderogable²². Y es así, sin lugar a dudas, en la sociedad anónima²³.

7.- Otra objeción doctrinaria y jurisprudencial al pleno reconocimiento de la autonomía privada en las sociedades de capital, es que la autonomía privada puede crear (en virtud del poder recibido del Estado) —a través de la estipulación del acto constitutivo y el registro del contrato— un ente que, por las características que se derivan de la personalidad jurídica, tiene una capacidad financiera y de inversión superior a la que pueden tener, de acuerdo con la disciplina común, las sociedades de personas. No obstante, la autonomía privada no puede ulteriormente modificar la estructura preestablecida por el ordenamiento, porque con ello sustituiría al Estado, es decir, a aquel sujeto del cual ese poder de constitución y ese privilegio emanan.

Por tanto, lo creado o atribuido por la ley, al margen de los principios generales del derecho de las obligaciones, de los contratos y de las personas (por ejemplo, la total irresponsabilidad de los socios, frente a las obligaciones sociales que deroga el principio de la garantía patrimonial genérica, y las vicisitudes que afectan a los socios, no son idóneas para incidir en la sociedad; y además la capacidad jurídica y capacidad de actuar —o capacidad de goce y capacidad de ejercicio para usar la nomenclatura francesa— propia de las personas físicas, es decir, de los miembros de la comunidad, se le extienden a una entidad fruto de un proceso abstractivo y de pura creación legislativa), puede ser modificado únicamente por la ley. Así solo la ley puede autorizar a la autonomía privada a modificar la estructura de la organización creada por ella misma (aunque sea para una utilidad o una ventaja privada).

Nos parece indiscutible la aseveración de que la personalidad jurídica en el ámbito mercantil, tiene sus orígenes en el *oktroisystem*. Se observa que la personalidad jurídica ha conocido en el tiempo y como consecuencia de los buenos resultados prácticos obtenidos, una progresiva objetivación a tal punto de transmigrar de la matriz del derecho público, en la que se formó, a la del derecho privado.

Todo lo anterior nos permite reiterar, una vez más, que la personalidad jurídica y su estructura organizativa, no se ponen en relación directa con el régimen de responsabilidad.

8.- En sus primeras elaboraciones conceptuales, en los inicios del siglo XIX, la persona

21 Ley Reguladora de la Propiedad en Condominio n.º 7933, del 28 de octubre de 1999 y su reforma (Ley N.º 8278 del 2 de mayo del 2002) y su Reglamento, decreto N.º 32303 MIVAH-MEIC-TUR, del 21 de marzo de 2005.

22 GALGANO, Francesco. "Il principio di maggioranza nelle società personali". CEDAM, Padova, Italia, 1960, p. 232 para quien la diferencia deriva "en vez del mayor o menor grado de complejidad de la organización, de la naturaleza de las normas que la regulan: ellas son normas inderogables por voluntad de las partes en las personas jurídicas, derogables en la comunión. Nos damos cuenta de que la organización colegiada de la comunión difiere de la de las personas jurídicas por el hecho de que la primera, al contrario de la segunda, puede ser suprimida por voluntad de las partes".

23 No así en las s.r.l. ni en las cooperativas (con menos de 20 socios o con un capital inferior a un millón de euros) en donde, a tenor de las últimas reformas de la CCE, se les permite aprobar el balance, distribuir utilidades o excedentes y nombrar a los administradores, a través de una consulta escrita a los socios o sobre la base del consentimiento de estos expresado por escrito, sin que sea necesario convocarlos a una asamblea. Sobre la innecesaria celebración de una asamblea de socios para acordar ciertos asuntos, véase CERTAD, Gastón. "La sociedad de responsabilidad limitada". Editorial Juritexto, San José, Costa Rica, 2005, pp. 206 ss.

jurídica fue considerada como la técnica jurídica, mediante la cual la universitas adquiriría subjetividad y se le consideró persona a pesar de no serlo.

Según esa teoría (denominada “de la ficción”) el sujeto de derecho solo puede ser el hombre. Sin embargo, el ordenamiento jurídico puede reconocer la subjetividad, parafraseando a Savigny, “a cualquier otro ente, fuera del hombre, y así puede artificialmente formarse una persona jurídica”.

En el plano opuesto, se coloca la denominada “teoría de la realidad” o “de la concepción orgánica”, según la cual la personalidad jurídica es la constatación de una realidad preformativa ya existente en el plano de la realidad de los efectos. El ente colectivo es un “cuerpo orgánico” compuesto por “unidades sociales vivientes”, es decir, por hombres organizados en colectividades que expresan su voluntad a la que debe reconocérsele validez, en relación con la realidad social y no a la ficción jurídica. Así las organizaciones colectivas y los cuerpos sociales se forman naturalmente por hombres para conseguir determinados fines, tendiendo a reunirse y organizarse espontáneamente. Tales reuniones humanas no son una ficción ni una creación del ordenamiento, sino “realidades vivientes”, al igual que el hombre, a quien el ordenamiento jurídico reconoce (pero no crea), declarando su subjetividad jurídica²⁴.

La principal objeción planteada a esa teoría por las llamadas “teorías individualistas y normativas”, es su contraste con la realidad. Se afirma que el ordenamiento reconoce como sujeto de derecho, solo al hombre, tanto que las mismas colectividades, antes de ser

reconocidas, no tienen ningún valor y, aunque organizadas, se resumen en la pluralidad de sujetos que las componen.

Además, la consideración de que la voluntad es un fenómeno psíquico adscrito al hombre, así como la observación de que precisamente del hombre es el procedimiento racional que lleva a la valoración de los intereses, ha determinado más recientemente una atenta revisión de la teoría orgánica que es denominada por sus detractores “teoría del antropomorfismo”, pues en la realidad no pueden existir entidades ontológicamente distintas al hombre, pero sí caracterizadas por las mismas cualidades humanas²⁵.

Las tesis sobre la personalidad jurídica que subsiguieron en el tiempo, son muchas; pero el resultado de tanto esfuerzo interpretativo es que, de acuerdo con Serick, “la naturaleza de la persona jurídica es tan inexplorada como la naturaleza misma del hombre”²⁶.

Ya en la segunda mitad del siglo pasado, la teoría normativa de Hans Kelsen afirmó que, a través de un procedimiento especial, el ordenamiento jurídico crea los sujetos jurídicos y reglamenta su actividad. El sujeto jurídico es un grupo de normas, un ordenamiento jurídico particular. Según Kelsen, la persona física correspondiente al hombre, es la personificación, es decir, la expresión unitaria personificada de las normas que regulan el comportamiento de un hombre. Según esta teoría, así como la persona física es la reducción a unidad de las normas que la definen (y no el hombre en sí mismo como elemento biológico), del mismo modo, la persona jurídica es el resultado de una reducción a unidad de un

24 En nuestro país se han referido a la teoría orgánica en la sociedad anónima. CERTAD, Gastón. “El principio de competencia de los órganos sociales en las sociedades de capital. Análisis crítico de una reiterada jurisprudencia de nuestros Tribunales de Alzada”. En Revista IUSTITIA, n.º 105, pp. 4 ss. ÍDEM, “El órgano representativo de la sociedad anónima. (Apuntes sobre la –mal interpretada– representación de sociedades anónimas)”. En Revista IUSTITIA, n.º 217-218, año 19, enero-febrero 2005, pp. 20 ss. “Más pinceladas en torno a la representación orgánica (legal) y voluntaria en las sociedades anónimas”. En Revista IUSTITIA, n.º 232-233, año 20, abril-mayo 2006, pp. 22 ss. OREAMUNO, Rodrigo. “Los órganos sociales en las sociedades anónimas”. En Revista de Ciencias Jurídicas, n.º 9, pp. 117 ss.

25 Véase FERRARA Sr., óp. cit., en nota 9. JAEGER, óp. cit., en nota 6, pp. 8 ss. y 119.

26 Cit. por GIORDANO, óp. cit., en nota 4, p. 68, nota 56.

conjunto de normas que se refieren a un grupo de individuos. No obstante, la tesis kelseniana ha sido duramente criticada por D'Alessandro con la "teoría de la doctrina pura"²⁷.

Pero a decir verdad, todas estas dos últimas teorías sobre la persona jurídica, si bien tienen puntos de partida diferentes, llegan a soluciones análogas: en la teoría de la ficción es el ordenamiento que, gracias a una fictio juris, equipara a la persona jurídica a la persona física, creando un sujeto inexistente en el plano fisiológico, pero fenomenológicamente existente en la realidad jurídica, en virtud de dicha ficción. Mientras que en la teoría normativa, la persona jurídica, igual que la persona física, existe porque existe en el ordenamiento jurídico.

Por tanto, en lo que concierne el perfil de la autonomía privada, el corolario que desciende de ambas teorías, es el mismo: lo que es creado (o descrito) por el ordenamiento, solo puede ser modificado por el ordenamiento mismo.

La teoría de la realidad, por el contrario, refiriéndose a la comunidad que está a la base de las relaciones jurídicas, se nos presenta como la solución abstractamente más abierta a la autonomía privada. Por eso quienes sostienen que la constitución de la s.a., no tiene su fundamento en la teoría de la ficción, sino en la de la realidad, retienen, coherentemente, que la persona jurídica se funda en el contrato de sociedad. Además, a partir de los socios y del acuerdo contractual, la persona jurídica trae su autoridad y la legitimación del poder.

La constitución de la sociedad y consecuentemente de la persona jurídica –dice el principal exponente de esta tesis, Visentini– dependen de la voluntad de los

sujetos privados, que deciden la inversión (es decir, el aporte en propiedad) mediante el contrato, recibiendo a cambio la propiedad de las acciones representativas de su capital social²⁸.

Parece más coherente aún la aislada posición de Francesco Ferrara Sr., quien, separándose de las teorías de la ficción y de la normativa, trata de conciliar el substrato prenормativo de la colectividad social con el elemento normativo del reconocimiento formal, que representaría el acto creativo, mediante el cual el ordenamiento le da vida a la persona jurídica. Según este autor, en las personas jurídicas, estarían presentes contemporáneamente, tanto el substrato social como la personalidad. El primero compone el ente, pero la segunda es un producto del ordenamiento jurídico y es una concesión exclusiva del Estado²⁹.

Asimismo, la investigación doctrinaria sobre la personalidad jurídica, estuvo condicionada durante mucho tiempo por la necesidad de explicar, mediante una coherente construcción teórica, cómo se da la imputación de las relaciones jurídicas, así como de aclarar la relación existente entre el derecho de propiedad del ente y el derecho de propiedad de cada una de las personas que lo componen.

Sucesivamente se ha aclarado que la propiedad, entendida como propiedad individual, asume una connotación distinta, cuando está referida a las personas jurídicas³⁰, y que a los entes colectivos, es imposible transferirles las mismas categorías lógicas utilizadas por la doctrina tradicional para calificar situaciones jurídicas individuales.

Un impulso determinante para una revisión del modo de entender la personalidad jurídica,

27 Óp. cit., en nota 9, pp. 253-256.

28 Cit. por GIORDANO, óp. cit., en nota 4, p. 73.

29 Óp. cit., en nota 9, p. 39

30 ARANGIO RUIZ, G. "Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale". I, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1951, p. 94. D'ALESSANDRO, óp. cit., en nota 9, p. 102.

fue presentado por los estudios filosóficos sobre el análisis del lenguaje y su extensión a las ciencias jurídicas³¹. La personalidad jurídica, afirman, es un “símbolo incompleto”. En este caso, es un símbolo que de por sí no tiene significado, pero que puede, a través de la definición en uso, formar parte de un contexto significativo. Así las normas que atribuyen la personalidad jurídica, no indican algo específico, sino tienen un alcance descriptivo general, cuyo elemento unificador esencial le viene de un denominado “principio de alteridad”, es decir, del elemento de la distinción de los sujetos del ente.

Con base en la conclusión de Scarpelli, según la cual el problema de las personas jurídicas, es “el problema de la determinación de las condiciones de uso de la personalidad jurídica”, Galgano se detiene preferentemente en el “abuso” de la personalidad jurídica, sugiriendo la no aplicación de la normativa de privilegio y el regreso a las reglas generales en tema de responsabilidad por las obligaciones³².

Pero lo cierto es que la doctrina que se remite al análisis del lenguaje, al haber centrado el aspecto esencial de la personalidad jurídica, se ha limitado a enunciar el denominado “principio de separación”, pero sin captar la relación práctica, utilidad que solo puede ser comprendida, relacionando tal función con el negocio jurídico³³.

Afirmar que la personalidad jurídica es un expediente lógico, no lleva de per se a ningún resultado, salvo si se pone en relación ese expediente con el ámbito del negocio, a fin de que todo asuma un significado más concreto.

Para delinear la principal característica del negocio jurídico, en relación con el

ordenamiento, se suele afirmar que el negocio jurídico es aquella declaración de voluntad, con la cual se enuncian los intentos que se pretenden perseguir, por lo que nuestro ordenamiento contempla efectos jurídicos, conformes al resultado deseado³⁴, si la finalidad del acto es merecedora de tutela y si corresponde a los requisitos fijados por la ley para cada figura.

Según Giordano, esto sucede también con la constitución de la personalidad jurídica, en donde los contratantes solicitan, del mismo modo en que lo piden en cualquier contrato, que les sean atribuidos a su declaración de voluntad, aquellos efectos de separación, bajo el ámbito de la imputación de los actos jurídicos. Una vez considerado esto como merecedor de tutela, el ordenador les ofrece protección jurídica y (de la misma manera que en cualquier otro contrato) les suministra una disciplina de default. Esta disciplina se compone de dos diferentes aspectos que actúan sobre planos distintos: uno relativo a la organización y el otro concerniente al régimen de la responsabilidad.

La estructura organizativa pertenece a los sujetos privados y, por ende, al campo de la autonomía privada (los socios pueden ulteriormente plasmar la disciplina del default para adaptarla a sus necesidades, acorde con la misma función de la personalidad jurídica, eficaz instrumento técnico de imputación, fruto de un proceso de abstracción y evolutivo del pensamiento jurídico, puesto al servicio de la empresa³⁵).

El régimen de la responsabilidad, por el contrario, se coloca fuera de la autonomía privada, incidiendo sobre el ámbito no “negocial” de la *fattispecie*. Los sujetos pri-

31 D'ALESSANDRO, *óp. cit.*, en nota 9, p. 256; SCARPELLI, U. “Contributo alla semantica del linguaggio normativo”. UTET, Torino, Italia, 1955; ZATTI, *óp. cit.*, en nota 9.

32 *Óp. cit.*, en nota 9. “La società per azioni”. En Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia. Vol. VII, CEDAM, Padova, 1998, p. 108.

33 GIORDANO, *óp. cit.*, en nota 4, pp. 84 ss.

34 CARIOTA FERRARA, Luigi. “El negocio jurídico”. Aguilar, S. A. de Ediciones, Madrid, España, 1956, pp. 43 ss.

35 GIORDANO, *óp. ult. cit.*

vados no tienen el poder de incidir sobre la configuración del régimen de responsabilidad, aspecto normativamente sustraído de su esfera de influencia.

Haciendo eco de las palabras de d'Alessandro,

está bien que a las partes se les permita perseguir contractualmente sus recíprocas conveniencias, porque de estas nadie puede pretender ser mejor juez que los directamente interesados. Esta libertad tiene, sin embargo, un límite cuando la actividad de las partes genere efectos externos a su relación, o sea, cuando la conveniencia de los contratantes se obtenga afectando a otros sujetos³⁶.

9.- Por lo tanto, se barrunta que las construcciones dogmáticas que desde los albores del siglo XIX, se han ocupado de la persona jurídica y se han preocupado, sobre todo, de aclarar la “naturaleza” de la personalidad jurídica. Esta cuestión es seguramente importante en una época en donde se afirmaban, a la par de las dos formas originarias del individuo y del Estado, otras formaciones intermedias. Sin embargo, esa problemática seguramente ha perdido, con el pasar de los años, y más especialmente, hoy, una gran parte de su significado.

Hoy nos parece mucho más útil preguntarnos no tanto ¿qué “cosa es” la personalidad jurídica? (realidad o ficción) o ¿qué “cosa quiere significar?” (símbolo completo o incompleto) sino, más pragmáticamente, “¿para qué sirve” la personalidad jurídica? ¿Cuál es su esencia bajo el ámbito funcional más que bajo el ámbito ontológico? Lo que ciertamente nos lleva a entender la personalidad jurídica en un aspecto tal vez más minimista; pero ciertamente más de consuno a la función a la que las necesidades de la empresa la reclaman.

No tenemos la más pequeña duda de que la influencia de la corriente filosófico analítica en esta problemática, nos ha suministrado al respecto nuevos inputs para la comprensión de la personalidad jurídica. Se ha comprendido así que la persona jurídica, es solo un instrumento del lenguaje jurídico útil para resumir una compleja disciplina de relaciones entre personas físicas.

Así, podemos afirmar que la personalidad jurídica es la adopción, por parte del ordenamiento, de un instrumento técnico de traducción jurídica de un elemento lógico-lingüístico, privado de consistencia prenormativa que le permite, sin embargo, a nuestra racionalidad, imputarle situaciones subjetivas a algo que, abstrayéndose, asume una propia concreción.

En palabras más sencillas, la personalidad jurídica es una particular técnica jurídica que el ordenamiento solo pone a favor de los sujetos privados, con la finalidad de permitirles la imputación separada de relaciones jurídicas.

En nuestra opinión, debe efectuarse, con respecto a la personalidad jurídica y a la correlativa estructura organizativa del ente, aquella indispensable investigación tendiente a encontrar un punto de equilibrio entre imperatividad y tipicidad.

De esta manera, si es seguramente cierto que detrás del contrato de sociedad (y yo añadiría, detrás de la personalidad jurídica) hay muchos aspectos entre los cuales está esencialmente la autonomía patrimonial; es decir, la posibilidad de sustraer ciertos bienes, aportados a la sociedad, de la garantía de los propios acreedores personales de los socios y, simétricamente, de sustraer los propios bienes personales de la garantía de los acreedores generados por el ejercicio de la actividad en común –responsabilidad limitada–.

36 Cit. por GIORDANO, óp. cit. en nota 4, p. 87.

Debemos reconocer que el balance entre el relieve real del contrato social (y de la personalidad jurídica) y el grado de imperatividad, está distinguiendo el aspecto del negocio de la personalidad jurídica del que pertenece a la *fattispecie*. Además, el aspecto del negocio puede plasmarse con fundamento en las necesidades de los socios (por ejemplo, la estructura organizativa). Por el contrario, el aspecto allende al negocio (el régimen de la responsabilidad y los efectos externos idóneos a afectar nocivamente a terceros) está sustraído de la autonomía privada y del poder dispositivo de los socios.

Lo que aquí hemos indicado permite discernir la esencia propia del instituto de las modalidades, a través de las cuales él puede articularse, evitando de tal manera confundir, como lo han hecho hasta hoy, la doctrina y la jurisprudencia, el plano de la responsabilidad

limitada con el de la personalidad, y aclarando además que aquel *beneficium*, al que frecuentemente se hace referencia, es solo un elemento de un lejano pasado.

La autorización que el ordenamiento jurídico confiere está, por lo tanto, limitada al solo reconocimiento de la subjetividad y no se extiende a las modalidades organizativas de estas, las cuales quedan comprendidas, salvo disposición contraria, en la esfera propia de la autonomía privada.

Concluimos señalando que es forzoso reconocer que las últimas teorías sobre la personalidad jurídica, han contribuido a aclarar su aspecto principal y, en líneas más generales, el de la subjetividad. Su mérito está en haber depurado el concepto de personalidad jurídica de la idea de concesión y de creación estatal para reconducirlo al terreno del pensamiento humano³⁷.

³⁷ Esta idea no es nueva, pues fue utilizada por los comentaristas de la Edad Media.



RESEÑA SOBRE EL COMERCIO ELECTRÓNICO

Román Bresciani Quirós
Gestor de Capacitación
Escuela Judicial

ÍNDICE

- I. PREÁMBULO
 - II. LOS ACTOS JURÍDICOS CELEBRADOS POR MEDIO DE DOCUMENTOS DIGITALES
 - III. EL PERFECCIONAMIENTO DEL CONSENTIMIENTO
 - IV. LA FUERZA VINCULANTE EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO
 - V. LA LEALTAD COMERCIAL Y LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA
 - VI. LA LIBRE VOLUNTAD DEL CONSUMIDOR O USUARIO
 - VII. DIVERSIDAD CONTRACTUAL Y MECANISMOS DE SEGURIDAD
 - VIII. ÁMBITO INTERNACIONAL Y LA CARACTERIZACIÓN DEL RÉGIMEN DEL COMERCIO ELECTRÓNICO
- CONCLUSIONES
- FUENTES BIBLIOGRÁFICAS Y ELECTRÓNICAS

RESEÑA SOBRE EL COMERCIO ELECTRÓNICO

*Román Bresciani Quirós
Gestor de Capacitación
Escuela Judicial*

I.- PREÁMBULO

Debido a la creciente utilización de la red de Internet, se ha manifestado una evolución en el intercambio comercial. Las nuevas tecnologías de información y de comunicación, introducen innumerables ventajas, lo cual conlleva el análisis de la nueva normativa, relacionada con la adquisición de bienes y servicios en el ámbito del comercio electrónico.

Mediante la presente investigación, se pretende ofrecer un acercamiento a los más sobresalientes vínculos entre las partes involucradas en las relaciones contractuales, dentro del ámbito del comercio electrónico nacional e internacional aplicable al sistema jurídico costarricense.

Asimismo, el impacto de las nuevas tecnologías en forma acelerada sobre el mundo jurídico, ha provocado que la información disponible sobre el tema en estudio, sea muy diversa, cambiante y no necesariamente concurrente con la legislación nacional.

El comercio electrónico se presenta como un medio para acceder a nuevas fuentes de ingreso, permitiendo extenderse a diversos mercados geográficos a nivel mundial, reducir costos y conformar estrategias empresariales innovadoras no tradicionales. Los riesgos inherentes a esta actividad representan un desafío, debido a la existencia de fallos, fraudes y abusos, los cuales deben ser enfrentados, mediante la creación de mecanismos de seguridad.

Con el devenir del comercio electrónico, las empresas mediante la Internet disponen de una red que permite la interrelación con sus

clientes y socios de una manera más estrecha, pues esta es un buen canal de comunicación, bajo en costo y con amplia accesibilidad.

El significado del término “comercio electrónico” ha cambiado a lo largo del tiempo. Originalmente, “comercio electrónico” significaba la facilitación de transacciones comerciales electrónicamente, que normalmente utilizaba tecnología como la denominada “Electronic Data Interchange” (EDI, presentada a finales de los años setenta), mediante la cual, se envían electrónicamente documentos, tales como, pedidos de compra o facturas.

Posteriormente, incluyeron actividades denominadas “Comercio en la Red”, mediante el cual se realizan compras de bienes y servicios, por medio de la World Wide Web vía servidores seguros (véase HTTPS, el cual es un protocolo de servidor especial que encripta la realización confidencial de pedidos para la protección de los consumidores y los datos de la empresa oferente) con tarjetas de compra electrónica y con servicios de pago electrónico, por ejemplo: autorizaciones para tarjetas de crédito.

Para 1995, los países integrantes del denominado G7/G8, crearon la iniciativa “Mercado Global para PYMEs”, con el propósito de acelerar el uso del comercio electrónico entre las empresas de todo el mundo, creándose y desarrollándose el portal en español de información y biblioteca virtual sobre comercio electrónico denominado: Comercio Electrónico Global.

Por otra parte, se deben destacar como ejemplos de aplicaciones de Comercio Electrónico, las siguientes:

OpenXpertya: Es un software libre con soporte de B2E, el cual constituye una solución empresarial global en remoto, que está adaptada para la legislación y el mercado electrónico español e hispanoamericano en tres niveles: con soporte en la transferencia de información entre empresas o también conocido como intercambio electrónico de datos (EDI), B2B y B2C. Además aporta determinadas funcionalidades de valor añadido para el empleado (gestión de comisiones, dietas de viaje, tiquetes de comida o compra de productos y servicios con tarifas subvencionadas).

Ediwin: Es un software privado de comunicaciones EDI, multiformato y multiprotocolo, el cual permite la integración con la mayoría de ERP's del mercado y sitios Web. Este software fue desarrollado por la empresa EDICOM y está homologado para factura telemática con firma electrónica por la organización privada AECOC.

Otros aspectos importantes de destacar, son las definiciones de correo electrónico, negocios electrónicos, portal y terminal de punto de venta, los cuales se detallan seguidamente:

Definición de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Sección de Preguntas Frecuentes del sitio web del Servicio Electrónico: Es el uso de sistemas de comunicación basados en Internet y en no-Internet, tales como: pedidos telefónicos, televisión interactiva y correo electrónico. La definición amplia también incluiría redes electrónicas de uso privado, usualmente organizadas por empresas y sus asociados para su propio beneficio. Es importante que el comparador y el vendedor no se encuentren físicamente durante la transacción. En cambio se usa algún mecanismo de comunicación electrónica para cerrar el trato.

Denominación inglesa de comercio electrónico -e-COMMERCE-: Es también conocido como e-comercio, comercio on-line, comercio en línea, compra electrónica... o en su versión inglesa 'e-business'. Son todas aquellas transacciones comerciales que se realizan

a través de Internet u otro medio electrónico que permita recoger los pedidos u ofertar los productos y/o servicios, desde o hacia clientes o proveedores; por ejemplo, vender zapatos en la página web de la empresa, recibir los pedidos desde la página web en forma de correo electrónico o a una base de datos y expender lo requerido.

Según la definición de la Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional USAID, comprende:

Cualquier uso que haga una empresa de la tecnología de la información y de las comunicaciones que le ayude a mejorar sus interacciones con clientes o proveedores.

De acuerdo con el Dr. Jorge Enrique Romero Pérez, es:

el intercambio telemático de información entre personas que da lugar a una relación comercial, consistente en la entrega en línea de bienes intangibles o en un pedido electrónico de bienes tangibles.

Así se diferencia del comercio electrónico directo (que, por referirse a bienes o servicios digitales, se concerta y ejecuta completamente por vía informática) del indirecto (referido a bienes o servicios físicos que aun cuando permitan una celebración por medios tecnológicos, requieren del medio físico tradicional para su cumplimiento).

Según los negocios electrónicos -E-Business- es hacer negocios electrónicos integra no solo el Comercio Electrónico, sino también la parte operativa interna de las empresas, permitiendo el acceso de su infraestructura informática a los procesos de las ventas electrónicas, lo cual se desarrolla mediante la conexión de la página Web. El sistema organizativo e informático está, por ende, unificado con el de la Web corporativa, en línea (on-line). El sitio Web pasa a ser una boca de expendio más, así como lo son los mostradores en las sucursales, en los intermediarios o la

propia casa matriz de la empresa. Cuando alguien realiza una compra en un sitio Web de determinada empresa, esa transacción se refleja de forma inmediata en sus sistemas informáticos y la puesta en marcha de procesos administrativos, financieros y de envío.

Definición de Portal: Sitio web que sirve de punto de partida para navegar por Internet. Los portales ofrecen una gran diversidad de servicios: listado de sitios web noticias, e-mail, información meteorológica, chat, newgroups (grupos de discusión) y comercio electrónico. En muchos casos, el usuario puede personalizar la presentación del portal. Algunos de los más conocidos son Altavista, Yahoo!, Netscape y Microsoft.

Definición de Terminal de Punto de Venta: Es un tipo de terminal específico instalado en los comercios. Frecuentemente incorporan también el terminal de pago en la misma unidad física. Con el uso de lectores ópticos y otros dispositivos, hacen posibles funciones, tales como: gestión electrónica de stock, control de ventas y otros. Se suele denominar por sus iniciales: TPV.

II.- LOS ACTOS JURÍDICOS CELEBRADOS POR MEDIO DE DOCUMENTOS DIGITALES

Como en todo acto jurídico de contenido patrimonial, existen las partes contratantes: el oferente y el aceptante. Sin embargo, en el mundo virtual estos sujetos cambian por las características propias del comercio electrónico, donde las partes se comunican mediante el uso de soportes informáticos que contienen mensaje de datos, información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada por medios electrónicos ópticos y similares, como podrían ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama y el fax.

En el comercio electrónico, las partes participantes de la contratación electrónica

(sujetos virtuales), se pueden presentar, entre otros, de la siguiente manera:

- (B2C) de empresa a consumidor.
- (B2B) de empresa a empresa.
- (C2C) de consumidor a consumidor.
- (B2G) de empresa a Gobierno.
- (B2E) de empresa a empleado.

El comercio electrónico de negocio a consumidor -Business to Consumers B-to-C o B2C-Empresa a consumidor

Es el comercio electrónico que realizan las empresas con los particulares, cuyo potencial tiene un gran recorrido a largo plazo, asentándose actualmente en los sectores de distribución alimentaria. Las grandes cadenas de supermercados e hipermercados, disponen de portales y aplicaciones de venta, a través de Internet. Igualmente el B2C también tiene gran aceptación en la distribución mayorista de libros, música y otros productos, como por ejemplo, la mayorista Amazon.com.

El éxito del B2C radica en el aseguramiento de los sistemas de pago mediante el uso de la tarjeta de crédito. Aunque en muchos casos, se da la posibilidad de otras formas de pago: contra reembolso, en efectivo o la utilización de servicios proporcionados por otras empresas como PayPal.

Business to Business, B-to-B o B2B-Empresa a empresa

Consiste en el comercio electrónico entre empresas a través de Internet, en donde pueden participar el remitente intermediario y el destinatario de un mensaje de datos. Esto incluye la presentación de propuestas, la negociación de precios, el cierre de ventas, el despacho de pedidos y otras transacciones.

El B2B ha sido impulsado fundamentalmente por la creación de portales para agrupar compradores, y se han encontrado portales de empresas agrupadas por bienes y servicios comunes, permitiéndoles aglutinar

fuerzas para así poder negociar en mejores condiciones. El mantenimiento de las páginas en dichos portales, se manifiesta mediante la solicitud de un canon para cotizar o cobrar a los socios, una comisión del negocio realizado en el portal específico.

Con este método se agiliza notablemente el tiempo empleado para esta contratación, ya que los pedidos a través de Internet, se tramitan en tiempo real. También abarata los costos del pedido; se pueden comunicar con otras empresas de lugares distantes e incluso de otros países. Por otra parte, el ahorro de tiempo es en sí un valor económico importante.

Algunas de las ventajas que aporta el B2B para los compradores son:

- Posibilidad de recibir un mayor número de ofertas.
- Despersonalización de la compra, con lo que se evitan posibles tratos a favor.
- Abaratamiento del proceso: menos visitas comerciales, procesos de negociación más rápidos, entre otros. Así los compradores tienen la posibilidad de solicitar una reducción en los precios, debido al menor costo de la gestión.

Analizando la forma de comercio electrónico B2B a la luz de lo dispuesto en la Ley Modelo de las Naciones Unidas, se considera como remitente a toda persona que, a tenor del mensaje, haya actuado por su cuenta o en cuyo nombre se haya actuado para enviar o generar ese mensaje; pero que no haya actuado a título de intermediario con respecto a él.

Al intermediario se le entenderá como toda persona que, actuando por cuenta de otra, envía, recibe o archiva un mensaje o presta algún servicio con respecto al remitente. Y en cuanto a la otra parte de la relación contractual se le determina como destinatario; es decir, la persona designada por el remitente para recibir el mensaje.

Otros sistemas jurídicos también consideran en un sentido más extenso a los sujetos virtuales,

como a las entidades de certificación y de registro que son las personas o terceras partes confiables autorizadas para emitir certificados, las cuales efectúan determinadas funciones y obligaciones, tales como: acreditar la identidad del sujeto virtual, el remitente, el destinatario o intermediario, o asumir la representación, mediante la cual actúa, disponiendo de los mecanismos de seguridad y funcionalidad que la contratación electrónica requiere.

Business to Government, B-to-G o B2G- Empresa a Gobierno

Consiste en optimizar los procesos de negociación entre empresas y el Gobierno, a través del uso de Internet, cuya aplicación a sitios o portales son especializados en forma agrupada, conforme las ofertas o servicios requeridos por las instituciones oficiales.

Business to Employee, B-to-E o B2E- Empresa a empleado

Es la relación comercial que se establece entre una empresa y sus propios empleados, constituyéndose en un portal para el uso de recursos de la empresa, por parte de los empleados de la misma, tanto en su vida privada como en el propio trabajo asignado; por ejemplo, una compañía aérea que ofrece paquetes turísticos a sus empleados y compañías aéreas asociadas, mediante su propia intranet. El B2E es una nueva demostración de las diversas aplicaciones que ofrece el comercio electrónico.

Además el concepto de comercio electrónico, se amplía a la gestión remota por parte del empleado, en relación con sus responsabilidades dentro de la empresa, lo cual conlleva a que se incluyan la facturación por comisiones de ventas y la introducción de gastos por viáticos u hospedaje entre otros.

Conforme con lo anterior, puede indicarse que el comercio electrónico consiste en la distribución, compra, venta, mercadeo y suministro de información referente a bienes

o servicios, mediante el empleo de redes informáticas, como la Internet. La industria de la tecnología de la información, podría verlo como una aplicación informática dirigida a realizar transacciones comerciales.

También el comercio electrónico puede considerarse como la conducción de comunicaciones de negocios comerciales y su dirección, a través de métodos electrónicos, como intercambio electrónico de datos y sistemas automáticos de recolección de datos.

III.- EL PERFECCIONAMIENTO DEL CONSENTIMIENTO

En el comercio electrónico, la mayoría de las transacciones electrónicas se consideran válidas vía Internet, por el simple hecho de pulsar un botón que signifique “estoy de acuerdo”, lo cual nos lleva a analizar los principios y postulados que regulan la manifestación virtual.

La declaración contractual brindada por el hecho de pulsar el botón que significa “estoy de acuerdo”, implica un acuse de recibido, con la consideración de las formas ad solemnitatem (formalidad exigida por ley), la ad probationem (sirve para probar la existencia del acto). Sin embargo, por ser la voluntad virtual un postulado genérico no queda claro, si estamos ante la denominada teoría de la aceptación/ expedición de la información y/o de la otra llamada teoría de la recepción, referentes ambas a la manifestación de voluntad.

No obstante, debido a que es necesario que la legislación nacional e internacional contemple la manifestación de voluntad electrónica, donde el compromiso no sea un simple “clic” del contratante, es imperante vislumbrar cuáles pasos previos deben llevarse antes de la manifestación de voluntad virtual final; es decir, un segundo momento, donde recién se pueda considerar al cliente comprometido, evitando el riesgo de compromiso por error o el repudio de la compra.

Así, mediante el comercio electrónico, se tiene de acuerdo con su naturaleza, el uso de cualquier soporte donde se refleja y receptiona una declaración de voluntad, dando lugar a nuevos contenidos y nuevos productos de contenido patrimonial en forma desmaterializada, capaces de dotar de perpetuación la voluntad, como su transmisión electrónica, a través de la computadora y otros aparatos emisores/receptores, distintos a la computadora (que es ahora la modalidad más extendida), tales como: teléfono, telefax, televisión u otro medio de telecomunicación, en las transacciones comerciales nacionales e internacionales, comprendida en la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en Sesión n.º 2205 XXI del 17 de diciembre de 1966.

Esta Ley Modelo tiene por objeto facilitar el empleo de los modernos medios de comunicación y de archivo de la información. Se basa en el establecimiento de un equivalente funcional para la documentación sobre soporte electrónico de ciertos conceptos básicos que se acuñaron para la documentación consignada sobre papel, tales como: las nociones de “escrito”, “firma” y “original”. Al definir ciertas normas que permiten determinar el valor jurídico de todo mensaje electrónico, esta Ley Modelo cumple un cometido importante, al servicio del desarrollo de las comunicaciones sin soporte de papel. La Ley Modelo contiene también reglas para el comercio electrónico en determinados sectores de la vida comercial, como el transporte de mercancías.

Además, la Ley Modelo regula a través de su artículo 15, el tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos. Sin embargo, dicha ley no nos indica el lugar y el momento en que debe entenderse perfeccionado el consentimiento, a fin de no interferir con el derecho interno de cada país en esta materia. Pero sí señala en el referido artículo 15, en su primer inciso, que si el iniciador y el destinatario no convienen

otro aspecto, el mensaje de datos se tendrá por expedido, cuando entre en un sistema de información que no esté bajo el control del iniciador o de la persona que envió el mensaje de datos a nombre del iniciador.

Por su parte, cuando se da la recepción de mensaje de datos, el mismo artículo 15 señala en su segundo inciso, si no convienen el iniciador y el destinatario otro aspecto, que el momento de recepción de un mensaje de datos se determinará como indica a continuación:

- Si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción de mensaje de datos, la recepción tendrá lugar en el momento en que entre el mensaje de datos en el sistema de información designado. Si se envía el mensaje de datos a un sistema de información destinatario que no sea el sistema de información designado, en el momento en que el destinatario recupere el mensaje de datos.
- Si el destinatario no ha designado un sistema de información, la recepción tendrá lugar, cuando entra el mensaje de datos a un sistema de información del destinatario.

Con respecto al lugar, la Ley Modelo señala que si no convienen otra cosa, el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar donde el iniciador tenga su establecimiento, y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo.

Si el iniciador o el destinatario tienen más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con la operación subyacente o, si no hay una operación subyacente, su establecimiento principal.

En caso de que el iniciador o el destinatario no tenga establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual.

IV.- LA FUERZA VINCULANTE EN EL COMERCIO ELECTRONICO

Junto con el análisis realizado con anterioridad, también es importante estudiar los nuevos actos de comercio, conforme las teorías del acceso, de la orientación, emisión y de la nacionalidad.

Los nuevos actos de comercio, exigen una rápida adaptación a los cambios que estos producen en todos los ámbitos sin aviso y sin contemplaciones.

Al crearse la red Internet, han surgido nuevas normas de conductas en el ámbito comercial, lo que hace que se tengan que flexibilizar ciertas instituciones, y se deban incorporar aquellas normas surgidas dentro de Internet, para que todos los actos jurídicos que se den dentro del mundo virtual, tengan idénticas consecuencias en el mundo físico y que, además, cualquier relación jurídica que se desplace entre ambos espacios, tenga los mismos efectos legales.

Lo que nos lleva a pensar que la fuerza vinculante de un contrato virtual, se regirá por las reglas generales del derecho común, con la particularidad de tener una naturaleza internacional, donde la vinculación jurídica de tales transacciones, solo se rige por acuerdos regionales, generándose diversas teorías sobre la ley aplicable, como las teorías del acceso, de la orientación, emisión y de la nacionalidad.

En cuanto a estas nuevas teorías, cabe hacer mención de sus principios básicos, para comprender cuáles serían las reglas por aplicarse:

- **Teoría del acceso:** La simple constatación del acceso, es suficiente para caracterizar la ley aplicable. Tal generalización parece poco efectiva, pues en virtud del carácter

mundial de la red Internet, toda jurisdicción puede declararse competente.

- **Teoría de emisión:** La ley aplicable sería la de la emisión proveniente del sitio web, donde se encuentra alojada la oferta de la teoría de la nacionalidad. Esta teoría parte del principio de la soberanía, aceptada por algunos países como China, los cuales pretenden controlar los sitios web. Sin embargo, esta teoría no ha sido adoptada por la mayoría de los países.
- **Teoría de la orientación:** Se basa en un conjunto de criterios de vínculo a una legislación, tales como: la lengua, una oferta o publicidad dirigida a los profesionales o a los consumidores del país, y lugar de entrega de los productos entre otros.

Conforme el principio de la autonomía de la voluntad, las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar de su cumplimiento. Empero, si deben cumplirse en países distintos, se rige por la ley del lugar de celebración. Si el lugar de celebración no está expresamente determinado, se aplica la ley del lugar de celebración.

Por su parte, analizando la legislación comparada, se observa cómo la Convención de Roma, estipula que: no se podrá hacer caso omiso de las leyes de política pública del país del comprador (consumidor), que tiene por objeto proteger al usuario.

Esta interpretación parece razonable, en la medida que busca un equilibrio entre las partes, siendo necesario desarrollar un marco jurídico en línea para permitir un verdadero desarrollo del comercio electrónico, pues algunas legislaciones latinoamericanas regulan:

- La manifestación de voluntad generada o comunicada, a través de medios electrónicos ópticos o cualquier otro análogo.
- La revocación de la oferta y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona electrónicamente, adquiriendo fuerza vinculante entre las

partes, salvo que ignore que se le ha remitido un mensaje de datos por cualquier medio electrónico.

- La de la fuerza vinculante del mensaje de datos refrendado por una firma electrónica, biométrica o digital.

V.- LA LEALTAD COMERCIAL Y LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La lealtad comercial procura, por un lado, asegurar que el consumidor disponga de información acerca de las condiciones, en donde los bienes y servicios son ofrecidos, antes de efectuar su opción de compra, y que ella se corresponda con lo realmente suministrado. Por otro lado, busca que todos los proveedores de bienes y servicios, cumplan con las normas de comercialización vigentes, de forma tal para garantizar reglas claras en las transacciones que se hacen efectivas en el mercado.

Para el cumplimiento de estos objetivos, la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, controla el cumplimiento de la Ley N.º 22.802 de Lealtad Comercial. Esta ley regula distintos aspectos, tales como: rotulado de mercaderías, control de contenido neto y normas referidas a publicidad, promociones y concursos. Establece –entre otros aspectos– requisitos mínimos de seguridad para productos y servicios, modalidades de exhibición de precios e información acerca de las garantías con que son ofrecidos los productos.

Esta Secretaría ha puesto en vigencia, desde la sanción de la Ley N.º 22.802, numerosas resoluciones en materias, tales como: rotulado de alimentos envasados, etiquetado de productos textiles y calzado, exhibición y publicidad de precios; requisitos que deben cumplir los certificados de garantía, obligatoriedad de provisión de instrucciones de uso, tamaño mínimo de letra en piezas publicitarias, requisitos de seguridad de

equipamiento eléctrico, juguetes, artefactos de gas y acero para la construcción.

Asimismo, el comercio electrónico en Internet crea “mercados más perfectos”, representando grandes amenazas para empresas con muchos años de operar y nuevas oportunidades para empresas jóvenes con buena infraestructura tecnológica, por cuando los costos son mucho más bajos que los costos en “lugares” tradicionales de comercio electrónico, y la audiencia es mucho mayor.

Por tanto, los bajos costos les permiten a las compañías pequeñas, competir de igual a igual con las grandes empresas, estando la inversión realizada en directa proporción a la clase de producto ofertado, el mercado meta y los objetivos de calidad, ventas y servicio que se tiene como fin brindar. Además, el ahorro de costos permite mejorar el servicio y reducir el tiempo de respuesta.

No es muy costoso crear interfaces Web para anuncios o clientes. Los bajos costos de la publicidad posibilitan a las pequeñas empresas, competir equitativamente con las grandes empresas.

Los sitios Web ofrecen la posibilidad de expansión geográfica, por cuanto permiten que los negocios locales amplíen su base de clientes en los ámbitos nacional e internacional.

En Internet lo más común es que el vendedor y el comprador, no se conozcan; las reglas y regulaciones no están claras y los riesgos aparentan ser enormes.

También al plasmarse una convergencia de las tecnologías de la computación con las tecnologías de telecomunicaciones, se reconoce la apertura comercial electrónica, como el camino del futuro, en donde los sistemas de redes abiertas de datos (como Internet), serán la espina dorsal de las economías del siglo XXI. Esto posibilita que pequeñas empresas y pequeños países, puedan competir con las grandes corporaciones. Además con el advenimiento del comercio electrónico, provee a las empresas de mayor oportunidad para usar Internet y construir relaciones más estrechas con sus clientes y socios.

Ante la perspectiva del desarrollo de mercados electrónicos, las empresas proveedoras tienen tres alternativas:

- Pueden decidir no participar del mercado electrónico.
- Pueden utilizarlo como un canal más.
- Pueden competir de lleno en él.

Si una empresa decide participar plenamente en el mercado electrónico, debe adoptar una estrategia que lo haga altamente competitivo, para lo cual existen cuatro estrategias principales:

Competir por precio	Los mercados electrónicos ponen un gran énfasis en el precio, por lo que se deben reducir los costos.
Enfatizar en otros factores	Tácticas en calidad, tiempo de entrega y servicio, las cuales pueden ser usadas como base de la competencia dentro del mercado.
Identificar nichos	En el caso de que el mercado electrónico se expanda, debe hacerse mediante el desarrollo de nichos, ya que permiten desarrollar destrezas especializadas que las hacen muy competitivas.
Competir en capacidad de respuesta	La capacidad de adaptar la oferta a las demandas del mercado, brinda una ventaja competitiva importante, pues este permite una mayor adaptabilidad al proveer una mejor información de lo que demandan los clientes en tiempo casi real.

Debido a que Internet provee un acceso casi universal, los activos de una empresa deben ser protegidos del mal uso accidental o malicioso, sin que comprometa el uso de un sitio, su desempeño y desarrollo.

Por otra parte, entre las desventajas relacionadas con el comercio realizado por la red Internet, se destacan las siguientes:

- Es difícil distinguir una empresa y sus productos de otras similares.

- Las regulaciones relativas a impuestos, importación-exportación, entre otras, pueden ser muy restrictivas.

VI.- LA LIBRE VOLUNTAD DEL CONSUMIDOR O USUARIO

Los proveedores y compradores pueden utilizar Internet, con el propósito de que el producto se disponga en tiempo real, por medio de cuatro tipos de procesos empresariales:

PROCESOS EMPRESARIALES	PRINCIPALES ASPECTOS
Mercadotecnia directa, ventas y servicios	Comprende: Desarrollo de marca, ventas directas y servicio al cliente para relaciones empresa-empresa y empresa-cliente. Creación de visibilidad del sitio, enfocando esfuerzos a clientes interesados, generando prospectos de venta, proveyendo un servicio de respuesta al cliente y el soporte crítico para la mercadotecnia directa, ventas y servicio en línea, autorizaciones y pagos seguros de tarjetas de crédito, cálculo de impuestos automatizado, cumplimiento flexible y una integración con los sistemas existentes de "back end" tales como: inventarios, facturación y distribución.
Servicios financieros e informáticos	La facturación en línea, servicios de inversión, banca en su casa, distribución de productos digitales y de contenido, caen en esta categoría, aunque las empresas no confían en Internet para el mercadeo, ventas y servicios. La distribución a través de Internet requiere de un soporte especial para la retención de los derechos de propiedad intelectual o manejo de los derechos digitales.
Compras corporativas	Puede ayudar a automatizar procesos manuales de compras, mediante la aplicación de un "autoserivicio" para vendedores y de intercambio para los proveedores. Ello puede involucrar las compras de bajo costo, bienes "indirectos de alto volumen, reparaciones y operaciones. Los bienes incluyen productos de oficina, limpieza y repuestos. Los beneficios de las compras corporativas en línea, incluyen costos administrativos más bajos, mejoramiento en respuesta y reducción de inventarios de los bienes y repuestos.
Cadena de valor	Esto abarca establecer vínculos directos con los socios comerciales, ya sea "hacia arriba" a los proveedores o "hacia abajo" a los distribuidores y vendedores. Mediante la utilización de la Internet, no se requiere de uso de redes privadas, permitiendo que la comunicación empresa-empresa y el comercio de diversas compañías, sea posible. El comercio en Internet crea entre las empresas, una cadena de valor dinámica, reduciendo el levantamiento de inventarios, los ciclos de cobros de facturas y permitiendo negocios más abiertos hacia los clientes.

Por su parte, entre los aspectos más relevantes que se deben considerar en el análisis del comercio electrónico, están las siguientes:

FACTORES	FORTALEZAS
Comerciales	<p>Bajos costos de venta y distribución.</p> <p>Ventaja competitiva en especificación de productos.</p> <p>Poca inversión en fuerzas de ventas y en canales de distribución.</p> <p>Alianzas estratégicas con clientes importantes</p> <p>Comunicación directa con los clientes, evitando intermediarios.</p>
Sistemas	<p>Una base de datos de clientes muy detallada y bien mantenida.</p> <p>Información de ventas a través de una base de datos histórica disponible en línea.</p> <p>Sólida infraestructura de comunicaciones internas y externas.</p> <p>Sistemas basados en arquitectura abierta.</p> <p>Sistema cliente-servidor.</p> <p>Sistemas internos eficientes e integrados que faciliten respuestas rápidas.</p>
Personal	<p>Personal de mercadeo con destrezas de análisis creativo de bases de datos.</p> <p>Personal de sistemas con destrezas en comunicación e integración de sistemas abiertos.</p> <p>Personal de sistemas familiarizado con los requerimientos de mercadeo y versado en las tecnologías apropiadas (bases de datos relacionales, diseño de interfaces de usuarios.</p> <p>Personal híbrido, con dominio de sistemas y entendimiento de los negocios, y</p> <p>Personal de mercadeo con entendimiento de la nueva tecnología.</p>

FACTORES	OPORTUNIDADES
Clientes y proveedores	<p>Establecer canales electrónicos para mejorar el servicio a clientes actuales y para llegar a nuevos clientes.</p> <p>Aprovechar la tecnología para redistribuir las funciones de la empresa y sus clientes y proveedores.</p> <p>Aprovechar nuevas oportunidades de negocios, a través del comercio electrónico.</p>
Bases de datos e inventarios	<p>Aprovechar la base de datos de clientes para lograr un mercadeo más efectivo a clientes actuales.</p> <p>Reducir inventarios y mejorar la flexibilidad, adoptando entregas en forma puntual.</p> <p>Establecer un mercado electrónico.</p>
Productos y suministros	<p>Adaptar productos a los requerimientos de clientes individuales.</p> <p>Obtener suministros que empaten mejor con requerimientos, mejorando la relación con proveedores.</p> <p>Mejorar la calidad y la oportunidad de compras mediante comercio electrónico, y la revisión de políticas comerciales.</p> <p>Aprovechar la tecnología para hacer eficientes las compras dentro del ambiente comercial electrónico competitivo.</p> <p>Introducir la competencia en contrataciones de bienes y servicios.</p>

FACTORES	AMENAZAS
Clientes y proveedores	Los clientes negocian directo con los proveedores. Los clientes asumen algunas funciones realizadas por la organización. Los clientes insisten en que la organización asuma funciones que no puede realizar rentablemente. Los clientes exigen un nuevo nivel de servicios que la empresa no puede alcanzar.
Geográficos	Empresas que antes operaban en mercados geográficamente lejanos, comienzan a competir. Eliminación de barreras de entrada para el favorecimiento de nuevos competidores e industrias no afines. La identidad de la marca se pierde en el nuevo mercado.
Fuerza de ventas y canales de distribución	Ventajas competitivas actuales desaparecen. Por ejemplo, las fortalezas en fuerza de ventas o canales de distribución. La base de la competencia cambia de manera desfavorable (por ejemplo hacia el precio).

VII.- DIVERSIDAD CONTRACTUAL Y MECANISMOS DE SEGURIDAD

o rechazar íntegramente las condiciones estipuladas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar.

Dentro de la amplia diversidad de contratos que se efectúan a la luz del comercio electrónico, el contrato de adhesión es el más común, en virtud de que una de las partes, posicionada en la alternativa de aceptar

En la legislación comparada, estos usos y costumbres vienen generando toda una corriente contractual en el comercio electrónico, para lo cual se toman en consideración los siguientes aspectos:

Contratación Electrónica	En una compraventa a distancia, el deber del vendedor profesional es informar al consumidor sobre el producto o servicio por brindar, los plazos de la oferta, las condiciones generales de la venta, la mismas deben ser visibles y obligatorias en la web.
Cláusulas abusivas de contratación	La legislación comparada viene regulando cómo se deben modificar unilateralmente los contratos por parte del proveedor y estipular el precio de las mercancías a la hora de la entrega, etc.
Intervención de fedatarios públicos, informáticos o los testigos electrónicos	Aunque su participación no es excluyente ni obligatoria, las partes confían y acuerdan que presencien el acto jurídico por medios electrónicos que va a celebrar en los procesos de contratación, requiriendo de escritura pública o de algún trámite, donde es necesario la presencia física de algún medio probatorio para su perfección (on line), como una formalidad excepcional a la irrestricta libertad contractual.

Parte de esta breve relación, existe una serie de cláusulas abusivas de contratación que la legislación comparada viene regulando, como

modificar unilateralmente los contratos por parte del proveedor, estipular el precio de las mercancías a la hora de la entrega, etc.

Tampoco es excluyente ni obligatoria, la intervención de fedatarios públicos, informáticos o los testigos electrónicos, personas en que las partes confían y acuerdan que presencien el acto jurídico por medios electrónicos que van a celebrar en los procesos de contratación, que requieren de escritura pública o de algún trámite, donde es necesario la presencia física de algún medio probatorio para su perfección (on line), como una formalidad excepcional a la irrestricta libertad contractual.

Por otra parte, con respecto a los mecanismos de seguridad de la red Internet, si bien esta las dispone en su sistema, no pueden ser considerados del todo adecuados para hacer seguras las transacciones comerciales.

Sin embargo, es importante considerar en el procesamiento de las transacciones, los siguientes requerimientos o servicios de seguridad:

REQUERIMIENTOS	CARACTERÍSTICAS
Confidencialidad	Prevención contra la revelación o exposición no autorizadas. Se subdivide en: Servicio de Confidencialidad de Datos: orientado al contenido; y Servicio de Confidencialidad del Tráfico de Información: orientado al flujo de datos.
	En general, las comunicaciones están limitadas a las partes intervinientes en la relación comercial, por lo que la información no es revelada por personas no autorizadas.
	La confidencialidad es un componente esencial de la privacidad del usuario, así como de la protección de la información del oferente.
	La confidencialidad es lograda, por lo general, mediante técnicas de "encriptación".
Autenticación	Se garantiza la identidad de la entidad o empresa, enfrentando los ataques por enmascaramiento.
	Tanto el cliente como el oferente, deben confiar que la comunicación existente, efectivamente se realiza entre ellos.
	La autenticación es efectuada normalmente, mediante firmas y certificados digitales, según la tecnología criptográfica.
Control de Acceso	Protección contra manipulación y uso no autorizado de los recursos de información, representando un medio para forzar la autorización y contribuir para lograr los objetivos de seguridad de confidencialidad, integridad, disponibilidad y uso legítimo.
Integridad de Datos	Prevención contra cambios o eliminaciones de información no autorizadas.
	La integridad puede protegerse en el ámbito de datos completos, parte de estos o de aquellos transmitidos por algún canal de comunicación.
	Los datos enviados en virtud de la transacción efectuada, deben ser consistentes, por lo que debe haber seguridad de que estos no pueden modificarse, mediante su transmisión. Igualmente, los datos archivados no deben ser alterados. Ambos requerimientos, se previenen mediante la creación, alteración o destrucción no autorizada y utilizando tecnología criptográfica: firmas digitales y certificados de llave pública.
No-repudiación	Permite determinar la certeza participativa de las entidades y empresas en el proceso de comunicación de datos, en caso de que alguna de estas niegue falsamente su participación, lo cual se logra mediante firmas digitales y certificados de llave pública.

No-repudiación	Es el único servicio que trata de proteger contra usuarios autorizados más que contra entidades desconocidas.
	Los objetivos de este servicio: Evitar que los participantes intenten engañarse mutuamente. Reconocer que los sistemas no son perfectos y que pueden ocurrir circunstancias en que dos partes tengan puntos de vista diferentes de lo que realmente ocurrió en una comunicación.
Protocolos criptográficos	Son similares a los servicios que proveen y existe gran variedad de soluciones para asegurar el contenido de los documentos que residen por encima de aquellos protocolos conocidos como de aplicación.

En ese mismo sentido, también es importante destacar las estrategias de seguridad informática, según las desglosa el profesor Santiago Mir Puig:

Primero: deben disuadir a la gente de intentar cometer acciones no autorizadas.

Segundo: debido a que este objetivo no es en muchos casos factible, las medidas de seguridad deben, ante todo, prevenir la exitosa ejecución de los delitos informáticos.

Tercero: ya que esta prevención de los delitos informáticos, no puede lograrse muchas veces, especialmente dentro de unos costes razonables, las estrategias de seguridad deben detectar los delitos informáticos, con el fin de evitar la ejecución de acciones completas, prevenir la realización de intentos, permitir la corrección y recuperación, y, en general, disuadir a otros delincuentes potenciales.

Cuarto: las estrategias de seguridad deben minimizar los efectos y daños de los delitos informáticos que no hayan podido preverse o simplificar la recuperación y corrección.

Además de estos cuatro objetivos de disuasión, prevención, detección y minimización del riesgo, los cuales son de interés para el usuario del ordenador, las medidas de seguridad, finalmente deben cumplir las exigencias legales, en especial a la privacidad, los impuestos y las leyes de comercio, así como también las que conciernen a los servicios sociales y a los intereses públicos.

VIII.- ÁMBITO INTERNACIONAL Y LA CARACTERIZACIÓN DEL RÉGIMEN DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

Las grandes empresas con intereses en el comercio electrónico, han liderado los procesos de autorregulación, estableciendo marcos normativos y configuraciones técnicas que les han permitido expandir sus negocios con un margen de maniobra muy amplio.

Las autoridades públicas y privadas han establecido las condiciones indispensables para establecer y mantener el ordenamiento en Internet. Este orden ha sido conseguido, a través de fuentes e instrumentos de control que son la base de un régimen internacional del comercio electrónico.

Desde una aproximación nominalista, existe un régimen de comercio electrónico, cuyo rango abarca un conjunto de actividades que se desarrollan en los mercados electrónicos y que están gobernadas por "conjuntos de principios, normas, reglas y procedimientos de toma de decisiones, tanto implícitos como explícitos, en cuyo entorno convergen las expectativas de los actos en un ámbito determinado de las relaciones internacionales.

Ciertamente las instituciones por las que es controlado el comercio electrónico, no se refieren a un "ámbito determinado", sino a diversos ámbitos no siempre bien determinados, sobre los cuales confluyen patrones de consenso, algunos consolidados, otros endeblés.

Determinar la existencia de un régimen internacional en el comercio electrónico, podría vislumbrarse a través de la integración de una tipología básica de regímenes:

Desarrollo:	Las instituciones que forman un régimen, pueden encontrarse en formación o en un estado embrionario, o pueden estar bien establecidas o en un estadio avanzado.
Estructura:	Las instituciones que integran un régimen, pueden ser específicas de un ámbito material o proceder de diversos ámbitos materiales conexos, de modo que en el primer caso, la estructura interna del régimen sería simple, mientras que en el segundo cabría referirse a una estructura compleja o conglomerada.
Densidad:	En función del número de normas y del grado de articulación o conexión entre ellas, cabe distinguir entre regímenes muy densos y regímenes poco densos.
Juridificación:	En función del grado de institucionalización de las normas de un régimen, este puede estar altamente juridificado (hard legalization) o poco juridificado (soft legalization).
Autoridad:	Dependiendo de la fuente de autoridad que crea el régimen, se deberá distinguir entre regímenes públicos, regímenes privados y, en aquellos casos en que se da una combinación de ambas fuentes como regímenes híbridos, en donde podrá predominar la regulación pública o la autorregulación privada.

Uno de los problemas de mayor trascendencia de la autorregulación, es el déficit democrático que conlleva la ausencia de mecanismos de rendición de cuentas por parte de las autoridades privadas, ante aquellos que están sometidos a sus instrumentos de control.

A través de combinaciones de mecanismos de regulación públicos y privados, nacionales e internacionales, unilaterales y multilaterales, pueden definir el universo regulador de acuerdo con sus intereses, libres de escrutinio y del control efectivo por parte de cualquier organismo que pueda proclamar de forma plausible su legitimidad democrática.

Los actores privados de comercio electrónicos son poco regulados por las autoridades públicas. Ejemplo de ello es el ámbito de la propiedad intelectual, en donde las empresas, al no poder garantizar por sí solas la aplicación de esos derechos de propiedad ni la sanción en caso de que sean violados, recurren a los mecanismos de regulación públicos.

Además, como principales características del régimen del Comercio Electrónico Internacional, se destacan las siguientes:

- Es un régimen con un desarrollo incipiente, complejo en su estructura, denso en sus normas, poco juridificado e híbrido en sus fuentes de autoridad.
- Actividades vinculadas a un régimen internacional de Internet.
- No es propiamente un ámbito específico, sino que en él convergen diversos ámbitos de los mercados tradicionales e Internet.
- Está conformado por el conglomerado de los regímenes que convergen en la regulación de las actividades del comercio electrónico: el régimen internacional, el régimen de la propiedad intelectual, el régimen de las inversiones extranjeras, el régimen de los contratos internacionales, el régimen de la protección de los datos personales y otros.
- Cada uno de los regímenes presenta características diferentes, en cuanto

su desarrollo, estructura, densidad, juridificación y autoridad, de modo que su convergencia en el régimen del comercio electrónico, hace de este un régimen internacional complejo, ejemplos: el AGCS de la OMC, con los acuerdos sobre ADPIC de la OMC y los tratados de la OMPI, o con el AGCS de la OMC y la seguridad de los sistemas informáticos.

- Es un régimen muy denso, en cuanto al número de normas que lo conforman, en virtud de nutrirse de otros regímenes más consolidados en el ámbito transnacional donde abundan los conflictos de leyes y jurisdicciones. Las normas que restringen los contenidos nocivos limitan la libertad de expresión; las normas que protegen la privacidad limitan la seguridad. Las normas que garantizan la libertad de expresión, limitan con las que protegen la propiedad intelectual.
- En lo relativo a la juridificación, existe un predominio de las normas soft law en los marcos normativos que regulan los mercados electrónicos, donde conviven normas vinculantes y no vinculantes. De ahí que se pueda evidenciar un régimen del comercio electrónico poco juridificado.
- El comercio electrónico no es un régimen privado, debido a que las autoridades públicas participan activamente en su desarrollo y articulación pública y privada, protegiendo los intereses empresariales –derechos de propiedad intelectual– y los intereses generales, los derechos de los consumidores. Es decir, se manifiesta una concurrencia de la regulación pública y la autorregulación privada, evidenciándose el comercio electrónico como un régimen híbrido sumamente marcado.

La caracterización anteriormente indicada, conlleva a definir el régimen del Comercio Electrónico Internacional con desarrollo, estructura, densidad, juridificación y autoridad que se diferencia de cualquier otro régimen internacional.

CONCLUSIONES

El impacto del comercio electrónico en nuestro ámbito jurídico, económico y social ha tenido gran trascendencia y ha provocado que el desarrollo de las transacciones comerciales, se haya estado incrementando, tanto en la productividad como en la competitividad empresarial, así como en la definición de mecanismos de protección de las partes y usuarios involucrados.

Así el comercio electrónico se manifiesta como un medio para acceder a nuevas fuentes de ingreso, permitiendo extenderse a diversos mercados geográficos a nivel mundial, reducir costos y conformar estrategias empresariales innovadoras no tradicionales.

Además, en el comercio electrónico, las partes participantes de la contratación electrónica (sujetos virtuales), se pueden presentar, entre otros, de la siguiente manera: (B2C) de empresa a consumidor; (B2B) de empresa a empresa; (C2C) de consumidor a consumidor; (B2G) de empresa a Gobierno y (B2E) de empresa a empleado.

De acuerdo con la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en Sesión n.º 2205 XXI, del 17 de diciembre de 1996, mediante el comercio electrónico, se tiene con base en su naturaleza, el uso de cualquier soporte, donde se refleja y receptiona una declaración de voluntad, dando lugar a nuevos contenidos y nuevos productos de contenido patrimonial en forma desmaterializada, capaces de dotar de perpetuación la voluntad, como su transmisión electrónica, a través de la computadora y otros aparatos emisores/receptores, distintos a la computadora.

Asimismo, la fuerza vinculante de un contrato virtual, se regirá por las reglas generales

del derecho común, con la particularidad de tener una naturaleza internacional, donde la vinculación jurídica de tales transacciones, solo se rige por acuerdos regionales, generándose diversas teorías sobre la ley aplicable, como las teorías del acceso, de la orientación, emisión y de la nacionalidad.

Con respecto a la lealtad comercial se procura, por un lado, asegurar que el consumidor disponga de información acerca de las condiciones, en donde los bienes y servicios son ofrecidos, antes de efectuar su opción de compra, y que ella se corresponda con lo realmente suministrado. Por otro lado, busca que todos los proveedores de bienes y servicios cumplan con las normas de

comercialización vigentes, de forma tal para garantizar reglas claras en las transacciones que se hacen efectivas en el mercado.

Se debe destacar que las autoridades públicas y privadas, han establecido las condiciones indispensables para establecer y mantener el ordenamiento en la red Internet. Este orden ha sido conseguido, a través de fuentes e instrumentos de control que son la base de un régimen internacional del comercio electrónico.

Por último, cabe destacar que el régimen del Comercio Electrónico Internacional, posee un desarrollo, estructura, densidad, juridificación y autoridad particulares, diferenciándose de cualquier otro régimen internacional.

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS Y ELECTRÓNICAS

Cremades, Javier y otro. Régimen jurídico de internet.
Madrid, España, Editorial la Ley, 2000.

Crespo Valerio, Leonardo. Los contratos electrónicos internacionales con el consumidor.
San José, Costa Rica, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2002.

Davara Rodríguez, Miguel Ángel. De las autopistas de la información a la sociedad virtual.
Pamplina, Editorial Aranzadi S.A., s.n. edición, 1996.

Giraldo Ángel, Jaime. Informática jurídica documental.
Bogotá, Editorial Temis, s.n. edición, 1990.

Hernández, Édgar y otro. Seguridad de la información en la era de los negocios digitales.
San José, Club de Investigación Tecnológica, Informe 21, 2001.

Hernando Collazos, Isabel. Contratos Informáticos: Derecho Informático –Legislación y práctica.
San Sebastián, España, Librería Carmelo, s.n. edición, 1995.

Ibáñez, Josep, Globalización y comercio internacional: Actas de las XX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Poder y orden en los mercados electrónicos: el régimen del comercio electrónico en Internet. Madrid, Editorial Ministerio de la Presidencia. Boletín Oficial del Estado, 2005.

Knörr Briceño, Jolene Marie. “Protección jurídica del consumidor en el comercio electrónico”. San José, Costa Rica, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1999.

López Chaverri, José Francisco. “Seguridad transnacional en la contratación electrónica”.
San José, Costa Rica, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2001.

Mata y Martín M., Ricardo. “Delincuencia Informática y Derecho Penal”.
Madrid, Edisofer S.L., s.n. edición, 2001.

Mir Puig, Santiago. “Delincuencia Informática”.
Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., primera edición, 1992.

Montero Blanco, Franklin. “Análisis jurídico del perfeccionamiento del contrato de compraventa electrónica”. San José, Costa Rica, Ulatina, 2002.

Morales Avendaño, Karla. “Formas alternativas de comercio internacional: la contratación electrónica y la seguridad transnacional” San José, Costa Rica, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2003.

Muñoz Campos, Mercedes y otra. “Derecho de Autodeterminación Informativa”.
San José, Editorial Jurídica Continental, primera edición, 2005.

Ortega Volio, Jorge. “La seguridad jurídica en el comercio electrónico”.
San José, Costa Rica, Universidad de La Salle, 2003.

Sandí Segura, Viviana Marcela. “Los contratos celebrados por medio del Sistema estandarizado de intercambio electrónico de datos -EDI-, en el marco jurídico costarricense”. San José, Costa Rica, Universidad Internacional de las Américas, 2003.

Revista de Ciencias Jurídicas 97. Comercio Electrónico Ene.-Abr. 2002. San José, Costa Rica.

Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional –CNUDMI. Resolución aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/51/628)] 51/162., 85ª. sesión plenaria, 16 de diciembre de 1996.

Ley N.º 7979 del 31 de enero de 2000. Reformas a la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos.

Ley N.º 7968 del 22 de diciembre de 1999. Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (WCT).

Ley N.º 967 del 22 de diciembre de 1999. Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT).

Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual. Ley N.º 8039 del 2 de octubre de 2000.

Portal del Gobierno www.go.cr

CompraRed” www.hacienda.go.cr/comprared

Declaración y pago de impuestos en línea www.hacienda.go.cr/tributacion

Pago de planillas (www.ccss.sa.cr/sicere)

Pago de recibos de servicios (www.ice.go.cr/servicios)

BUDHA (www.hacienda.go.cr/budha/)

Ventanilla Única (www.procomer.com)

www.costarricense.co.cr

www.ftaa-alca.org/spcomm/notes/eci3c1s.doc

www.geocities.com/capecanaveral/2566/intro/comercio.htm

www.infoagro.go.cr

jneilson@latinmail.com

216.87.176.225/marcos/docs/cp_over_an_eu_es.pdf

www.marketplacecostarica.com

www.mecon.gov.ar/secdef/basehome/lealtad_com.htm

www.siec.go.cr

sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/tesis/Human/Arata_S_A/cap2.htm



LA EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES PENALES JUVENILES EN COSTA RICA

Mayra Campos Zúñiga
Omar Vargas Rojas

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El tema de la justicia penal juvenil en Costa Rica, es de muy reciente data. Es más, durante este año (2006) se conmemoran los diez años de entrada en vigencia de la Ley de Justicia Penal Juvenil. Por tanto, es fácilmente entendible que, en los albores de nuestra independencia, no existiera un tratamiento diferenciado a los delitos cometidos por las personas menores de edad. Además, no había una verdadera política criminal en cuanto a este sector de la población.

Ciertamente, en el Código General de 1841, conocido como el Código de Carrillo, se disponía como eximente de responsabilidad el ser menor de siete años. Dicha norma equiparaba la minoridad con la locura, las amenazas, el temor, etc.¹. Las personas mayores de esa edad (siete años), podían ser sancionadas con el catálogo de penas establecidas para los adultos, lo cual significa que se podía llegar hasta el destierro o la

pena de muerte. Posteriormente, se promulga el Código de 1880 que viene a marcar una diferencia importante en cuanto a la respuesta penal de los menores de edad². También se establece que los menores de diez años no tienen ningún tipo de responsabilidad penal. Desde esa época y durante buena parte del siguiente siglo, no existió una jurisdicción especializada en materia de menores. Los jueces comunes eran los encargados de tramitar y juzgar los delitos cometidos por personas menores. Igualmente el cumplimiento de la pena, se daba en los centros establecidos para los adultos.

En realidad, no había una preocupación significativa por los problemas de la niñez y de la adolescencia³. En lo que concierne al derecho sustantivo, estuvo regido por los correspondientes códigos penales de 1840, 1880 y 1924. Todavía en los años cuarenta, la situación para este sector resultaba sumamente crítica. Sobre el particular, Mónica Granados la describe como una época basada en el

1 No cabe duda de la confusión del legislador en esta materia, la que se arrastró hasta el siglo siguiente, donde se confundía la imputabilidad con cuestiones de política criminal. No es lo mismo la capacidad de imputabilidad que la madurez jurídico-penal para entender el carácter ilícito de un acto y poder actuar conforme a esa comprensión.

2 Así, "[...] el menor que contara con menos de diez años era completamente irresponsable desde el punto de vista penal; mientras que el mayor de diez años pero menor de dieciséis años de edad, era responsable penalmente siempre y cuando comprobara que había actuado con discernimiento; esto último se comprobaba o descartaba por medio de un reconocimiento médico legal." Arias Gómez (Ana Catalina) y Chaves Redondo (Adriana). Sanciones principales de la Ley de Justicia Penal Juvenil. Tesis para optar por el grado de licenciadas en Derecho. Universidad de Costa Rica, 1999, p. 24.

3 No es hasta 1930 cuando se crea el Patronato Nacional de la Infancia (PANI), como el órgano rector encargado de la problemática social de las personas menores de edad. Antes de ese momento, el tema de la niñez quedaba en manos de las instituciones privadas de beneficencia. Precisamente, a partir de ese momento se empieza a sentir la necesidad de crear tribunales especiales para el juzgamiento de las personas menores de edad. Mediante el decreto ejecutivo del 13 de febrero de 1994, se estableció la Agencia Principal de Policía, cuyo objetivo era el juzgamiento de las faltas cometidas por las personas menores de edad. Cfr. Arias Gómez (Ana Catalina) y Chaves Redondo (Adriana), *op. cit.*, pp. 26-27.

[...] control social sustentado en dos vías; por un lado, el sector de los menores criminalizados, institucionalizados en centros con tendencias más bien represivas y militares; por otra parte, los pobres, no criminalizados, manejados por la beneficencias, muchos de ellos en manos privadas [...]⁴.

Ya en 1941, se promulga un nuevo Código Penal, donde se declara a los menores de diecisiete años, exentos de pena y sujetos a medidas de seguridad. En caso de que se les impusiera una pena privativa de libertad, debían recluírse en centros distintos a los adultos. Pese a esta clara obligación legal, lo cierto es que los menores cumplían la sentencia en los mismos centros de los adultos⁵. Se empieza a notar una preocupación por el tratamiento diferenciado entre las personas menores y los adultos, lo cual se refleja en la incipiente legislación que formalmente les otorgaba un trato distinto. No obstante, la realidad superaba siempre a la legalidad, y en la práctica, la ejecución de la sentencia se efectuaba en condiciones similares.

II. DE LA SITUACIÓN IRREGULAR A LA PROTECCIÓN INTEGRAL

Como se ha visto, se ha considerado a la persona menor de edad como un sector vulnerable de la sociedad, necesitado de protección y carente de derechos. Operaba la aplicación irrestricta, por parte de los adultos, de las políticas generales, tanto de protección como de corrección, vistas desde

una sola óptica. Se consideraba al menor de edad con una *capitis diminutio*, el cual tenía una serie de obligaciones y el deber de someterse a la autoridad de los mayores. Paralelamente, se le negaba cualquier derecho⁶. En esta concepción, surge la doctrina de la situación irregular. Dentro de las principales características de esta corriente de pensamiento, podemos citar que

[...] contempla a los niños, niñas y adolescentes más vulnerables, se les designa como menores. El menor no es sujeto de derechos, sino de abordaje por parte de la justicia [...]⁷.

El juez, más que una labor jurídica y garante de los derechos, desarrollaba una función moral, lo que le permitía tomar las medidas más adecuadas para el “bienestar del menor”, y como un buen padre de familia. Sin lugar a dudas, en nombre de ese bienestar, se cometió una serie de abusos y arbitrariedades, situación que no fue ajena a nuestro país⁸.

En esta doctrina, se confunden los aspectos jurídicos y sociales.

En lo que se refiere a Costa Rica, la situación irregular se puede corroborar en lo que fue la Ley Tutelar de Menores. Esta normativa

[...] propugna la protección del menor abandonado –y por ende en riesgo social–, lo que equivale a etiquetarlo como posible delincuente. Esta cultura proteccionista exige separar a los jóvenes de lo que ellos llaman el “terrible derecho penal

4 Granados Chaverri (Mónica). Informes del Grupo de Investigación de Costa Rica, Infancia, Adolescencia y Control Social, San José, Grupo de Investigación de Costa Rica, p. 284.

5 Sobre el particular, Arias Gómez (Catalina) y Chaves Redondo (Adriana), óp. cit., p. 29, indican: “A pesar de que este Código dejaba sin responsabilidad penal a los menores de 17 años, no trajo en la práctica ningún cambio sustancial, ya que el juzgamiento y tratamiento de esos sujetos continuó en manos de los jueces penales ordinarios y con el mismo procedimiento para juzgar a los adultos. Los menores eran internados o detenidos en los centros que existían en la época”.

6 “La historia demostró que el modelo tutelar tuvo enormes límites. No solo no resolvía el problema social que pretendía controlar, sino que no lo hacía violentando los derechos humanos de las personas a quienes busca redimir”. González Oviedo (Mauricio). Responsabilidad penal de los adolescentes en Costa Rica. Los escenarios de la alarma social, el saber y la norma social. En: De la arbitrariedad a la justicia [...]. Óp. cit., p. 47.

7 Arias Gómez (Ana Catalina) y Chaves Redondo (Adriana), óp. cit., p. 31.

8 Un ejemplo claro lo constituye la derogada Ley Tutelar de Menores, donde se llegaba al extremo de criminalizar la pobreza.

de adultos". Quienes sustentan esta teoría diseñan una estructura de poder especializada por los saberes científicos, en el cual, en un primer momento, la influencia del psiquiatra y del psicólogo fue determinante para el juez [...]⁹.

Sobre el particular, recordamos el triste papel que desempeñaba el juez tutelar de menores, quien como un abanderado de la moral y las buenas costumbres, "internaba" a la mayoría de las personas menores de edad que cometieran un hecho punible, independientemente de su gravedad, sobre todo cuando se trataba de reincidentes. Incluso, se daba la paradoja de que se ordenaba el encierro por hechos que, en el caso de adultos, ni siquiera procedía. Si, aparte de ello, el menor presentaba una situación de riesgo social, su estancia en prisión sería aún mayor, por cuanto los expertos –psicólogos, psiquiatras y trabajadores sociales– no le darían un pronóstico favorable para su incorporación social¹⁰.

En lo que se refiere al proceso, este se desarrollaba conforme al modelo inquisitivo. No existía el Ministerio Público. El juez era el encargado de investigar; dictar las medidas cautelares; proteger los derechos de las partes; velar por los intereses del "menor" y tratar de dictar las medidas que, a su entender,

fueran las más convenientes. Se trataba de un súper juez, con amplias potestades y sin límites definidos.

Dentro del abanico de sanciones que podía imponer, el artículo 29 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores, señalaba la amonestación, la libertad asistida, el depósito en hogares sustitutos, la colocación en trabajo u ocupación convenientes, el internamiento en centros educativos, y cualquier otra medida que estimara conveniente¹¹. Además, las sanciones eran indeterminadas y quedaban al libre arbitrio del juez.

Con el desarrollo de los derechos humanos y muy especialmente con la promulgación de la Convención de los Derechos del Niño, se da un giro de 180 grados en relación con esta temática.

El movimiento mundial a favor de la infancia que encuentra su asidero en la Convención de los Derechos del Niño, implica dejar atrás un paradigma o modelo de infancia como simples objetos de protección y lástima, para ingresar a una concepción de sujetos plenos de derechos. Es decir, como sujetos activos y protagónicos. Es este un movimiento que se dirige a una transformación del lugar de la infancia en todos los planos: jurídicos, ideológicos y social [...]¹².

9 Armijo

10 Sobre este mismo punto, el profesor Tiffer afirma: "En esta situación eran considerados los menores de edad en abandono, mendicidad, o en cualquier posición que implicara, en la lógica de este modelo, alguna peligrosidad social. Es decir, que el control social punitivo institucionalizado no solo se aplicaba a autores de delitos sino también a víctimas potenciales de este, y en última instancia a menores de edad víctima de situación social". Tiffer Sotomayor (Carlos). Nueva Ley de Justicia Penal Juvenil: jóvenes y adolescentes sujetos de derechos y responsabilidades. San José, (sin año), p. 2.

11 En este punto, resulta evidente que el citado artículo 29 de la Ley Tutelar de Menores, es contrario al principio de legalidad, el cual sin lugar a dudas, constituye uno de los pilares fundamentales del derecho penal democrático. Es un baluarte y una garantía para los ciudadanos. En nuestro ordenamiento, esa garantía se encuentra tutelada en diversas normas. De esta forma, el artículo 39 de la Constitución Política, solo reconoce a la ley como fuente creadora de delitos. Pero, además, dispone que esa ley debe ser anterior al hecho que se juzga. Dentro del bloque de constitucionalidad, también podemos citar la declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su artículo 11.2 establece que "[...] nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito". En el mismo sentido, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en el numeral 25 impone como límite a los Estados que deseen privar a alguien de su libertad el que se respeten las leyes establecidas con anterioridad. Otro tanto ocurre con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, donde el párrafo primero del artículo 15 dispone "[...] Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará con ello". Finalmente, y en lo que a la normativa internacional se refiere, también la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 9 prescribe el principio de legalidad, como una garantía fundamental.

12 Conferencia del M. Sc. Mario Víquez Jiménez, presentada en el XXII Congreso Interamericano de Psicología, SIP, San José, Costa Rica, julio de 1991.

Por consiguiente, se rompe el paradigma de la persona menor de edad carente de derechos, objeto de protección, y se visualiza como un ser autónomo distinto a un adulto “pequeño” y provisto de obligaciones, pero también se le reconocen importantes derechos.

En suma, el niño (incluido el adolescente –agregamos, la niña y la adolescente–) recobra el carácter de persona que había perdido a través de la ideología de la “minoridad” o de carencia de autonomía. Más aún, como sucede con toda persona, pero en especial respecto al niño (niñas y adolescentes) en virtud del derecho de prioridad de su interés superior a todo acto de otro, sea acto legislativo, de autoridad o simplemente de alguien, ha de considerarse y evaluarse desde [...]”¹³ la niñez.

Paralelo a la Convención de los Derechos del Niño, se emite una serie de instrumentos internacionales que complementan y fortalecen la doctrina de la protección integral. Dentro de esa corriente de pensamiento, se expresa

[...] la Convención de la Haya relativa a la protección y la cooperación en materia de adopción internacional, del 29 de mayo de 1993, la cual desarrolló el artículo 21 letra e) de la Convención de las Naciones Unidas, firmada por Costa Rica el 29 de mayo de 1993. En el campo de la protección de los niños, niñas y adolescentes trabajadores, el Convenio 138 de la OIT sobre la edad mínima de admisión al empleo, lucha por la abolición del trabajo infantil, y reconoce su excepcionalidad y la obligación de los Estados de establecer “fronteras entre lo aceptable y lo inaceptable desde el punto de vista social y jurídico”¹⁴.

En el caso de los niños privados de libertad, tenemos las Reglas de las Naciones Unidas

para la Protección de Menores Privados de Libertad, resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990, 68ª sesión plenaria, donde se reconoce la gran vulnerabilidad de las personas menores de edad, y en mayor medida, cuando se encuentren privadas de libertad.

Las Reglas Mínimas Uniformes de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, conocidas como Reglas de Beijing, resolución 40/33 del 29 de noviembre de 1985, 96º sesión plenaria, tienen como presupuesto esencial que la juventud, por constituir una etapa inicial del desarrollo humano, requiere particular atención y asistencia para su desarrollo físico, mental y social, y necesita protección jurídica en condiciones de paz, libertad, dignidad y seguridad¹⁵.

Además de estos instrumentos, se encuentran las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), resolución 45/112 del 14 de diciembre de 1990, en donde se afirma que todo niño goza de derechos humanos fundamentales, [...] y el gran número de jóvenes que, estén o no en conflicto con la ley, se encuentran abandonados, desatendidos, maltratados, expuestos al uso indebido de drogas, en situación marginal y, en general, expuestos a riesgo social”¹⁶. “Junto a esta normativa específica, es aplicable a los niños, niñas y adolescentes en su condición de seres humanos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Asamblea General de la ONU del 10 de diciembre de 1948, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 9º Conferencia Internacional Americana 5 de mayo de 1948, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por ley 4229 de 11 de diciembre de 1968, Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por ley 4534 de 23 de febrero de 1970, la Convención

13 Bustos Ramírez (Juan). Perspectivas de un derecho penal del niño. Nueva doctrina penal. Buenos Aires, Editores del Puerto SRL, 1997, p. 68. (Lo destacado en negrita no pertenece al original).

14 Vargas Rojas (Omar) y Campos Zúñiga (Mayra). Derechos humanos de las personas menores de edad en el ordenamiento jurídico costarricense: el papel del Ministerio Público. San José, Costa Rica, 2000, p. 43. (En proceso de publicación).

15 Reglas Mínimas Uniformes de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores. 29 noviembre de 1985.

16 Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil. Directrices de Riad. 14 de diciembre de 1990.

para la eliminación de toda forma de discriminación racial, aprobada por ley 3844 del 5 de enero de 1967; por último, la Convención para la eliminación de discriminación contra la mujer, aprobada por ley 6969 de 2 octubre de 1984, y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer¹⁷.

Ese reconocimiento internacional encontró eco en la legislación interna, que produjo una serie de cambios en el derecho positivo. Dentro de este contexto, surge una serie de leyes, tales como: la Ley de Justicia Penal Juvenil, el Código de la Niñez y de la Adolescencia, la Ley de Protección contra la Explotación Sexual Infantil, así como importantes modificaciones a leyes de familia, civil y laboral. De igual modo, la jurisprudencia constitucional ha señalado, en varios votos, el carácter e importancia de la normativa supraconstitucional, e incluso ha indicado que puede aplicarse de manera directa

[...] 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 del tratado¹⁸.

Sobre este mismo tema, pero más específicamente en el campo de la niñez, la Sala Constitucional señaló:

[...] De conformidad con lo que dispone el artículo 7 de la Constitución Política, a partir del momento en que la Convención sobre los Derechos del Niño fue ratificada por nuestro país, las normas legales que contravengan las normas y principios contenidos en ese instrumento internacional, resultan inconstitucionales¹⁹.

III. LA REFORMA LEGAL DE 1996

Para 1989, Costa Rica se enmarcaba dentro de la situación irregular. El ordenamiento jurídico relativo a las personas menores de edad, se caracterizaba por un intervencionismo y la consideración de los menores como meros objetos de protección. Pero con la Convención de los Derechos del Niño (1989), empieza un movimiento de reforma hacia el respeto de los derechos humanos de este importante sector de la sociedad.

En el derecho interno, el primero de mayo de 1996 entra en vigencia la Ley de Justicia Penal Juvenil, que responde precisamente a esa doctrina de protección integral. En esta nueva ley, las personas menores de edad son consideradas sujetos de derechos y responsabilidades. Se instaura un modelo procesal de corte acusatorio que busca el establecimiento de la responsabilidad penal con el máximo respeto de las garantías. Esta normativa está compuesta, tanto por normas de carácter sustantivo, como procesal. Como una de sus principales características, se encuentra el traslado de la investigación a manos del Ministerio Público. Recordemos que anteriormente era el juez quien debía investigar y juzgar. Con esta nueva estructura, se da una distribución de funciones y un mejor cumplimiento del principio de objetividad que debe regir la actividad juzgadora²⁰.

De igual forma, se abandona el viejo y erróneo concepto de que los menores de edad eran inimputables, y se sustituye por el sistema punitivo "garantista". Con ello, se alude al reconocimiento de la responsabilidad penal por los actos cometidos por las personas menores. Con tal propósito, se hace una graduación del reproche conforme a grupos

17 Campos Zúñiga (Mayra). Explotación sexual infantojuvenil en Costa Rica: la ruptura del nivel de tolerancia en la normativa punitiva. San José. 1999, inédito, pp. 50-51.

18 Sala Constitucional. Voto 282-90 de las 17:00 hrs., del 13 de marzo de 1990.

19 Sala Constitucional. Voto 1982-94 de las 16:00 hrs., del 26 de abril de 1994.

20 Este modelo acusatorio tiene una característica esencial, la intervención de varios sujetos procesales: el juez, el fiscal, el defensor, el imputado y la víctima.

etarios predeterminados. Así, se dispone que los menores de doce años, no tienen responsabilidad penal; de doce a quince pueden ser sancionados hasta diez años; y los de quince a dieciocho pueden ser castigados, hasta con quince años de prisión. Paralelo a ese reconocimiento de su responsabilidad penal, se les otorgan las garantías básicas del derecho penal de adultos, y otras consideraciones propias de la especialidad²¹.

Además, tanto a nivel convencional como en la Ley de Justicia Penal Juvenil, se estableció la necesidad de una justicia especializada. Esto repercute no solo en la creación de un órgano jurisdiccional especializado, sino también en la conformación de un Ministerio Público, una Defensa Pública y una Policía Judicial especializada. También, implicaría un juez de ejecución especializado, una exigencia necesaria si se quiere darle un tratamiento diferenciado.

En efecto, si se ha indicado que el derecho penal juvenil, es diferente del derecho penal de adultos, con su propia autonomía, con sus principios específicos y fines distintos, lo propio es que sea conocido por un operador especializado en la materia. Lamentablemente,

la situación real dista mucho de una verdadera justicia especializada²².

En cuanto a los fines de la sanción, también se da una diferencia sustancial. Recordemos que conforme lo dispone el artículo 51 del Código Penal, la finalidad de la pena en materia de adultos, es la rehabilitación o reinserción social del sentenciado. En cambio, en la justicia penal juvenil se busca básicamente un fin pedagógico²³, por cuanto se parte de la base de que las personas menores de edad, son seres en formación y, por lo tanto, la pena debe orientarse para coadyuvar positivamente en ese proceso formativo.

Otra característica de la justicia penal juvenil, es el criterio de la mínima intervención²⁴, con lo cual se alude a la aplicación del derecho penal, como última ratio; es decir, antes de acudir a él, deben agotarse todos los otros mecanismos jurídicos y sociales para resolver el problema. De esta manera, la Ley de Justicia Penal Juvenil se anticipa a la reforma en adultos²⁵ y contempla, dentro de su normativa, la aplicación de soluciones alternativas, como una forma de resolver el conflicto anticipadamente. Así se tutelan institutos como la conciliación y la suspensión del proceso a prueba. También

21 A manera de ilustración, podemos citar cómo a pesar de que la publicidad es una garantía de los procesos penales modernos, tratándose del derecho penal juvenil, el mismo no resulta aplicable. Ello es entendible y justificado en el hecho de que se trata de seres en desarrollo, y el verse expuestos al escarnio público, puede afectar su proyecto de vida y el fin pedagógico de la pena.

22 Actualmente, en nuestro país solo existe un juzgado penal juvenil exclusivo para la materia, el cual se encuentra localizado en la capital. En las demás provincias, la materia penal juvenil es conocida por los jueces de familia, quienes están acostumbrados a un proceso escrito, formalista, rígido, donde todavía subsisten vestigios de la doctrina de la situación irregular, hasta el extremo de confundir los aspectos jurídicos con los sociales. Esta situación aún se puede inferir de algunos fallos. En cuanto al Tribunal Penal Juvenil, tampoco es exclusivo. Este tribunal conoce de otras materias, tales como: derecho penal de adultos, tributario, etc. A ello se agrega que forma parte del Tribunal de Juicio del II Circuito Judicial de San José, el cual funciona como una batería. En consecuencia, la integración varía constantemente y, con ello, los criterios de interpretación de la ley, lo cual produce una gran disparidad de posiciones respecto a los principales puntos jurídicos. Ahora bien, ello resulta especialmente preocupante, si consideramos que se trata de un derecho incipiente.

23 "[...] uno de los criterios más importantes para la clarificación de la política criminal del Estado es la sanción penal y los fines que se le han encomendado a esta sanción. Por esto resulta muy esclarecedor el artículo 123, el cual determina que cualquier sanción fijada en la ley debe tener como finalidad primordial la educativa, es decir, la sanción solo se justifica si tiene fines educativos." Tiffer (Carlos) y Llobet (Javier). La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica: con jurisprudencia Nacional. San José, Costa Rica, Unicef, Ilanud, 1999, p. 164.

24 Precisamente, el profesor Issa señala que: "La diferencia fundamental, en Costa Rica, entre un derecho penal de adultos y el penal juvenil radica en los siguientes aspectos básicos: la idea de una intervención estatal mínima, que debería tender a una desjudicialización del conflicto en los casos que lo ameritan, y que se ve reflejado en institutos procesales como el principio de oportunidad y la conciliación." Issa El Khoury (Henry). El derecho sustantivo en la Ley de Justicia Penal Juvenil Costarricense. En: De la arbitrariedad a... óp. cit., p. 198.

25 La reforma procesal de Costa Rica en materia de adultos, entró en vigencia el 1 de enero de 1998, dos años después de que entrara en vigencia la Ley de Justicia Penal Juvenil.

se le otorga al Ministerio Público, una serie de instrumentos que lo facultan para prescindir de la persecución penal. Igualmente, esa tendencia hacia un derecho penal mínimo, se observa cuando se establece la pena privativa de libertad con carácter excepcional.

IV. EL JUEZ DE EJECUCIÓN PENAL JUVENIL, Y LA JUDICIALIZACIÓN DE ESTA FASE

Como todos sabemos, uno de los sectores más olvidados del sistema penal, es la fase de ejecución, debido a diversos factores. No es un tema atractivo para los políticos, por cuanto su tratamiento y solución no deparan un “beneficio político”. Además, las personas menores de edad ni siquiera votan en las elecciones. Desde el punto de vista de la opinión pública, el problema penitenciario se reduce a la necesidad de construir más y mejores cárceles, en términos de seguridad.

Por otro lado, el Poder Judicial tradicionalmente ha asumido un papel muy cómodo: imponer la sanción y delegar la ejecución en el Poder Ejecutivo. Precisamente, así se evita la fricción entre poderes. Esa situación motivó que, durante muchos años, Costa Rica no conociera la figura del juez de ejecución o juez de vigilancia, como se le conoce en otras latitudes. Como ya lo mencionamos, con el Código de Procedimientos Penales dictado en 1973, se hace referencia por primera vez a esta figura. Sin embargo, su actuación era sumamente limitada y no constituía un verdadero garante de los derechos de los sentenciados, lo cual se favorecía con la ausencia de una ley de ejecución penal. Esta circunstancia se mantiene a la fecha.

En lo que se refiere a la justicia juvenil, con la Ley de Justicia Penal Juvenil se contempla la participación del órgano jurisdiccional en esa fase. La normativa de la Ley Penal Juvenil le

otorga al juez amplias facultades de control y fiscalización sobre el cumplimiento de la pena. Sin embargo, contrario a lo sucedido en adultos –donde nunca se ha promulgado una ley de ejecución penal– mediante Ley N.º 8460, publicada en la Gaceta n.º 229, del 28 de noviembre de 2005, se emitió la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles.

Como bien se observa en la exposición de motivos, con la Ley de Justicia Penal Juvenil

[...] se establecieron normas relacionadas con la ejecución y control de sanciones, específicamente de la sanción privativa de libertad en centro especializado. Sin embargo, es fácil observar que esta regulación es insuficiente para enfrentar y desarrollar el cumplimiento y la ejecución de todas las sanciones penales juveniles. Además, la regulación de la ejecución es materia de una ley especial y la Ley de Justicia Penal Juvenil es una ley de contenido sustantivo y procedimental. Por lo que resulta necesario completar este tercer pilar del sistema de justicia penal juvenil, por medio de una Ley de Ejecución de Sanciones Penales Juveniles, que regule el cumplimiento de las sanciones y las relaciones de los jóvenes sentenciados con la administración pública²⁶.

Esta ley se orienta, básicamente, al tema de la pena privativa de libertad, es decir, al internamiento en centro especializado, pero sin olvidar el amplio listado de sanciones contempladas en la Ley de Justicia Penal Juvenil. Así, se regulan

[...] las órdenes de orientación y supervisión, y las modalidades de privación de libertad como el internamiento domiciliario y durante tiempo libre, las que requieren de un cuerpo legal que desarrolle las formas de cumplimiento y un efectivo control de los fines pedagógicos y reeducativos señalados por esta ley²⁷.

²⁶ Exposición de motivos, proyecto de Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles, expediente n.º 13.001.

²⁷ *Ibid.*

La misma ley se compone de tres títulos. El primero de ellos con cinco capítulos, donde se desarrollan las disposiciones generales, los derechos durante la fase de ejecución, los objetivos, los procedimientos y los recursos.

En este punto, es necesario señalar que la ley expresamente reconoce los principios de legalidad y tipicidad en la ejecución de la pena; el primero referida a que el sentenciado solo pierde aquellos derechos que señala la sentencia o que sean consecuencia de su imposición; el segundo referido al régimen disciplinario. Al respecto, el artículo 4 señala que:

ninguna persona menor de edad sancionada puede ser sometida a medidas disciplinarias o restricción de cualquier derecho, si la conducta no se encuentra descrita en la ley.

Esta exigencia constituye, sin lugar a dudas, un importante límite de la administración, el cual tendrá que sustituir el criterio de discrecionalidad por el de legalidad en lo que al régimen disciplinario se refiere. Correlativamente, se convierte en una garantía para el sentenciado, quien sabrá a qué atenerse en esa materia²⁸.

En cuanto a los parámetros de interpretación, la ley señala que deben considerarse las normas y principios de la Constitución Política, la Ley de Justicia Penal Juvenil, el Código de la Niñez y de la Adolescencia, el Código Penal, el Código Procesal Penal, las disposiciones legales sobre la ejecución y cumplimiento de las sanciones fijadas para adultos

“así como en la Convención de las Naciones Unidas Sobre Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales referentes a la Justicia Juvenil que hayan sido aprobada [sic] por Costa Rica”.

Los objetivos y medios de la ejecución penal se encuentran contemplados en el capítulo tercero.

“Se ha establecido como idea central, la elaboración de un plan individual para el cumplimiento de la sanción, que debe ser discutido con la persona sentenciada y, además, debe ser flexible y con posibilidades de revisión y mejorado por el órgano administrativo competente del Ministerio de Justicia, quien será el responsable del cumplimiento de este plan individual²⁹.

Se establece también la obligación de la administración de informar regularmente, al juez de ejecución y a la familia del sentenciado, sobre el desarrollo del referido plan de ejecución.

El capítulo cuarto se inicia señalando los órganos encargados de la ejecución. Al respecto, es importante destacar que en primera instancia, indica al juez de ejecución de las sanciones, como el primer obligado; luego al Tribunal Penal Juvenil que conocerá de la segunda instancia, el Ministerio de Justicia y Gracia, y finalmente, los directores de los centros y los directores de programas. En este apartado, se hace una clara distinción entre las funciones del órgano jurisdiccional y las de la administración.

A la segunda le corresponde elaborar los planes individuales de ejecución, organizar las actividades propias del cumplimiento de los fines de las sanciones, investigar las faltas e imponer las sanciones disciplinarias, entre otras. Mientras que al primero le corresponde una labor de vigilancia y control.

El capítulo V se refiere a los procedimientos y recursos dentro de la fase de ejecución. Para tal efecto y según dispone el artículo 23, desde el ingreso del sentenciado, la administración debe llevarse un expediente completo, con

28 Además, el artículo 5 señala que: “En la ejecución de las sanciones penales juveniles, cuando proceda imponer una medida disciplinaria, se debe escoger aquella que perjudique menos a la persona menor de edad sancionada y que se encuentre acorde con la falta cometida”. Lo anterior implica que en materia disciplinaria, deben observarse los principios de proporcionalidad y de interés superior de la persona menor.

29 *Ibíd.*

una serie de datos y documentos, donde se dejará constancia de todo lo relevante para la ejecución; así, por ejemplo: el nombre, los datos de la sentencia, la fecha de cumplimiento, las condiciones de salud, el plan de ejecución, las sanciones disciplinarias, etc.

Como garantía para el administrado, se exige que la administración fundamente sus resoluciones³⁰, lo que permitirá también que cuando el juez de ejecución conozca los recursos, valore las razones por las que la administración resolvió de determinada forma.

Precisamente, la ley establece la posibilidad de los sentenciados de recurrir ante la autoridad jurisdiccional de toda medida disciplinaria y de cualquier medida que lesione derechos fundamentales³¹. Incluso, prevé los recursos de revocatoria y apelación ante el Tribunal Penal Juvenil, contra lo resuelto por el juzgado de ejecución y que afecte derechos fundamentales. Estos recursos no tienen mayores formalidades y pueden ser presentados por el sentenciado, su defensor o incluso por el Ministerio Público.

El título II del proyecto se compone de dos capítulos:

El primero regula las sanciones socio-educativas y el capítulo segundo, las órdenes de orientación y supervisión. La estructura [...] consiste primero en una definición general de la sanción y posteriormente, la forma de cumplimiento y de ejecución

de la sanción. Se inicia con una definición, por ejemplo, de lo que es la amonestación y advertencia y, posteriormente, se establece cómo esa sanción se debe cumplir o materializar. En algunos casos también se incluye la necesidad de un plan individual para determinadas sanciones, las posibilidades de colaborar de algunas otras instituciones públicas o privadas en la ejecución, lo mismo que algunos derechos específicos por la complejidad particular que presenta determinada sanción socio-educativa u orden de orientación y supervisión³².

El título tercero está dedicado exclusivamente a la pena privativa de libertad. El capítulo primero se refiere al internamiento domiciliario y en tiempo libre; mientras que el segundo al internamiento en centro especializado. Este título se compone de tres secciones. La primera relativa a consideraciones generales. En esta sección, cabe destacar el numeral 61 que se refiere a las condiciones físicas que debe reunir y el número máximo de privados de libertad por cada centro. Además, se regulan “los tres momentos fundamentales del internamiento, a saber: el ingreso, la permanencia y el egreso del menor sentenciado del centro de privación de libertad”³³.

La sección segunda comprende los derechos y deberes específicos, durante la ejecución de la sanción privativa de libertad, un centro especializado. De esta manera, se reconocen los derechos a la educación³⁴, la práctica

30 “La motivación [...] constituye el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en los cuales el juez apoya su decisión y que se consignan habitualmente en los considerandos de la sentencia. Motivar es fundamentar, exponer los argumentos fácticos y jurídicos que”

31 El artículo 25 señala: “Toda medida disciplinaria o de cualquier otro tipo que lesione derechos fundamentales, será revisable por el juez de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles, sea de Oficio o a solicitud de parte. La solicitud o petición no requiere de formalidad alguna, bastando con que el juez de Ejecución, por cualquier medio, tome conocimiento de la voluntad de la persona. Cuando el juez lo considere necesario, citará a la persona menor de edad para que ratifique o aclare su petición”.

32 Exposición de motivos del proyecto de Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles, expediente n.º 13.001.

33 Ibid.

34 “La educación es un derecho y un deber de toda persona menor de edad privada de libertad. La administración del centro debe disponer de las facilidades necesarias para que la persona menor de edad curse la educación primaria, sea en su totalidad o completarla cuando la persona menor de edad no la haya terminado. Además se les debe brindar la misma posibilidad en el caso de la educación secundaria [...]” Artículo 77.

religiosa³⁵, al trabajo³⁶, la comunicación³⁷, las visitas³⁸ y la asistencia social y legal. Se dispone también el derecho a la recreación, a una vestimenta digna y a la alimentación.

La tercera sección contiene las posibles medidas coercitivas y lo relacionado con la seguridad y las limitaciones de derechos en situaciones de emergencia. De esta forma, el artículo 96 señala que la persona menor privada de libertad, debe ajustarse a las normas de conducta y reglamentarias del centro y cumplir con las órdenes que le imparta el personal. El uso de esposas se admite de manera excepcional y cuando sea indispensable para la seguridad de la persona menor de edad o para terceros. La fuerza física solo procede, cuando hayan fracasado todos los demás medios de control, y debe hacerse en estricta concordancia con el principio de proporcionalidad. En el capítulo tercero, se ubica la temática sobre el régimen disciplinario. Se trata de un aspecto esencial en cualquier ley de ejecución. En nuestro caso, se contemplan de manera explícita el principio de tipicidad legal y el non bis in ídem.

En consecuencia, las posibles faltas se encuentran expresamente previstas en la ley. En ese sentido, el artículo 107 clasifica las faltas en leves, graves y muy graves. Dentro de las primeras, se señalan –entre otras– alterar el orden, ingresar al centro con evidente olor a licor, permanecer en lugares no autorizados, etc. Como faltas graves se consideran: destruir bienes de la institución; agredir verbalmente o por escrito, a las demás personas privadas de libertad, familiares, personal del centro

o visitantes; transgredir la modalidad de custodia o de ejecución de la sanción a que se encuentra sometido; y como faltas muy graves, se citan: atentar contra su integridad física o la de otras personas; ejercer violencia sexual contra otras personas; retener por la fuerza a otras personas, etc. Las anteriores faltas se encuentran sancionadas en el artículo 105, y van desde la amonestación verbal o escrita, hasta la limitación de los derechos, tales como: ver televisión, permisos de salida, suspensión de los incentivos, etc. En todo caso, la duración de las medidas disciplinarias estará acorde con la falta y no podrá exceder hasta quince días cuando se trate de faltas leves, hasta un mes cuando se trate de faltas graves y hasta dos meses cuando se trate de faltas muy graves. No se pueden imponer más medidas disciplinarias que las enumeradas en esta ley³⁹.

Como se aprecia, la aplicación del régimen disciplinario se encuentra sujeta al principio de proporcionalidad y racionalidad. Finalmente, el capítulo IV se refiere al procedimiento disciplinario. Se trata de un procedimiento sencillo, pero respetuoso del debido proceso. Se informa al sentenciado de la falta que se le atribuye; se le indicarán los hechos y la prueba que existe en ese momento. Posteriormente, se entrevistará y evacuará la prueba que fuera pertinente. El expediente se remitirá al Consejo de Valoración del centro, el cual resolverá de manera fundamentada. Por otra parte, lo que resuelve el Consejo de Evaluación, puede ser recurrido ante el juez de ejecución. En todo momento, se garantiza el derecho de defensa.

35 El artículo 82 dispone que la administración del centro, debe respetar las creencias religiosas y los preceptos morales del grupo al que pertenece.

36 Se establece la actividad ocupacional como un deber y un derecho de la persona menor de edad privada de libertad (artículo 79). De igual forma, se le reconoce el derecho a recibir una retribución económica acorde con la legislación laboral. De esta remuneración, una parte deberá reservarse para crear un fondo de ahorro que se le entregará cuando egrese del centro.

37 Artículo 92. "Las personas menores de edad privadas de libertad tienen derecho a mantener una adecuada comunicación con el exterior, utilizando para ello la correspondencia, los teléfonos públicos del centro y mediante el acceso a programas de radio y televisión, así
ca

38 Ver artículos 93 y 94.

39 Artículo 105, Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles.

V. PRINCIPIOS RECTORES DE LA EJECUCIÓN PENAL JUVENIL

A continuación, nos proponemos efectuar un somero análisis de los principales principios que rigen durante la fase de ejecución. Se trata de un pequeño esbozo que sirva como referencia, respecto a los principios y garantías que integran esta fase del proceso.

a. Principio de humanidad

El principio de humanidad es uno de los principios fundamentales de la ejecución de la sentencia penal. Por supuesto, no obsta para que también sea predicable de todas aquellas personas que, por diversas razones, se encuentran reclusas en un centro penitenciario, ya sea a título de prisión preventiva o por cualquier otra razón⁴⁰. El eje central sobre el que gira este principio, es el respeto a la condición de persona.

En efecto, en un Estado democrático la sola condición de ser humano, lleva implícito el reconocimiento de una serie de derechos y valores que lo acompañan durante toda su vida, con independencia de que se ajuste o no a las normas de convivencia social⁴¹. Esos derechos constituyen un ámbito irreductible que el Estado debe respetar y resguardar.

El principio en estudio encuentra amplio reconocimiento en el derecho y la doctrina internacio-

nales. En ese sentido, Balaguer sostiene que la dignidad afirma un determinado estatus consustancial al ser humano que le sitúa –en tanto que criatura del universo– por encima de los demás, a la vez que le identifica y le iguala con el resto de los seres de su especie. En esta línea, pudiera afirmarse que la igualdad constituye un presupuesto de la dignidad⁴².

Por su parte, tanto el Tribunal Constitucional Español como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han reconocido y aplicado el principio⁴³. Sobre este tema, la Sala Constitucional ha dado contenido a este postulado al considerar que

[...] en la ejecución de la pena de privación de libertad ha de inculcarse al penado, y a los funcionarios públicos que la administran, la idea de que por el hecho de la condena no se convierte al condenado en un ser extrasocial, sino que continúa formando parte de la comunidad, en la plena posesión de los derechos que como hombre y ciudadano le pertenecen, salvo los perdidos o disminuidos como consecuencia de la misma condena. Al mismo tiempo ha de fomentarse y fortificarse, el sentimiento de la responsabilidad y del respeto propios a la dignidad de su persona, por lo que han de ser tratados con la consideración debida a su naturaleza de hombre⁴⁴.

En síntesis, este principio establece la obligación, de los órganos encargados de

40 Recordemos que en nuestro sistema jurídico, además de la prisión como medida cautelar, también es aplicable por apremio corporal en pensiones alimentarias.

41 “[...] en una democracia el Estado garantiza formalmente la libertad y los derechos de los ciudadanos, al hallarse también simultáneamente en capacidad de vulnerarlos, la democracia requiere para su protección el desarrollo de instrumentos procesales eficaces y accesibles, que puedan garantizar a los ciudadanos el debido respeto por los derechos”. Mora Mora (Luis Paulino) y Navarro (Sonia). Constitución y derecho penal. Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial, San José, Costa Rica, 1995, p. 20.

42 Balaguer Santamaría (Javier). Derechos humanos y privación de la libertad: En particular, dignidad, derecho a la vida y prohibición de torturas. En: Cárcel y Derechos Humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos. Barcelona Bosch editor, S.A, 1992, p. 101.

43 El tribunal constitucional español en la sentencia 53 del 11 de abril de 1985, señaló que la dignidad “ es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás y junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de esta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona [...]”. Balaguer Santamaría (Javier). Derechos humanos y privación de la libertad. Óp. cit., p. 101.

44 Sala Constitucional. Voto 6829-93, de las ocho horas y treinta y tres minutos, del veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y tres.

la ejecución de la pena, de respetar los derechos y condiciones que le son propios al ser humano. Bajo ningún concepto, la sanción puede desmerecer la dignidad de la persona.

La Sala Constitucional ha señalado que la reclusión del condenado en un establecimiento penal, donde permanece, en mayor o menor grado, privado de su libertad y sometido a un determinado régimen de vida, no genera la anulación de su dignidad. Precisamente por estar orientada hacia la rehabilitación de los sentenciados, deben estructurarse sobre una base de humanidad, y eliminando todo aquello que sea ofensivo para la dignidad humana, teniendo siempre muy en cuenta a la persona.

Se reconoce que el sentenciado no pierde otros derechos que aquellos que directamente deriven del fallo condenatorio. En consecuencia, tiene derecho a un trato digno, a la salud, al trabajo, a la preparación profesional o educación, al esparcimiento físico y cultural, a visitas de amigos y familiares, a la seguridad, a la alimentación y el vestido, los cuales deben ser respetados por las autoridades administrativas en la ejecución de la pena. En atención a este principio de dignidad humana, no puede permitirse que el Estado tenga privada de libertad a una persona en un centro penal que no reúna las condiciones mínimas, y que su reclusión atente contra los derechos fundamentales⁴⁵.

b. Principio de control jurisdiccional: principio de especialidad

Durante muchos años, se depositaba al sentenciado en un centro carcelario y era el Poder Ejecutivo, a través de la Dirección

General de Adaptación Social, quien decidía dónde y cómo se cumpliría la pena impuesta por el órgano jurisdiccional. Esto conducía a que se produjera una de dos situaciones extremas. La primera de ellas, que se cometieran abusos y arbitrariedades en contra del sentenciado, y que se violaran sus derechos básicos. En no pocas ocasiones, se le aplicaba un régimen disciplinario que violaba el principio de legalidad y el debido proceso.

En el otro extremo, se observaba un fenómeno inverso: una absoluta flexibilización de la pena, situación que se presentaba con la concesión desmedida de beneficios, lo que incluso llegaron a aplicarse a los indiciados⁴⁶.

Todo este tipo de irregularidades ocurre precisamente por una defectuosa normativa que no delimitaba el campo de acción entre el órgano jurisdiccional y la administración penitenciaria, es decir, una ley de ejecución de la pena que defina claramente las competencias.

En este sentido, resulta evidente que en el ámbito de la ejecución de una pena privativa de libertad no es totalmente nítida la dicotomía tradicional de la potestad jurisdiccional, así muchas de las incidencias ejecutivas que se suceden una vez que el interno accede al establecimiento penitenciario, podrían incluso ser calificadas de potestades declarativas, de carácter muy similar a las que integran la potestad juzgadora, ya que implican alteraciones sustanciales a la duración de la pena. [...] Además, no toda modificación del contenido aflictivo de la pena necesita o postula la garantía de jurisdiccionalidad o supone reserva de jurisdicción; sólo aquellas que de haberse adoptados en la fase de cognición

45 Sala Constitucional. Voto 709-91 de las trece horas con cincuenta y seis minutos, del 10 de abril de 1991. En el mismo sentido, ver voto 285-96, de las quince horas con veintiún minutos, del doce de junio de mil novecientos noventa y seis.

46 Sobre este tópico, la Sala Constitucional, en la resolución n.º 6829-93 de las ocho horas con treinta y tres minutos, del veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y tres, indicó: "De lo dicho se concluye que la actuación de la Administración al igualar la amplitud de la autorización contenida en el artículo 55 del Código Penal, cuando de indiciados y condenados se trata, sí atenta contra la independencia de los jueces que garantiza el marco constitucional en los artículos 152, 153, 254 y 156 de la Carta Magna, y contra la función otorgada al Poder Ejecutivo en el artículo 140 inciso d). De la Constitución, pues, al acordar el beneficio en comentario, se deja sin efecto un pronunciamiento jurisdiccional y se actúa contra lo resuelto".

hubiesen alterado el contenido de la pena, más concretamente, todas aquellas medidas modificativas de la duración o de tipo de la pena impuesta en la sentencia condenatoria firme, que de modo sustancial y virtualmente definitivo cambien la ejecución de la pena⁴⁷.

Hoy, no hay discusión respecto a la necesidad de que exista la figura del juez de ejecución de la pena, porque se reconoce que

[...] el respeto de los derechos individuales de los reclusos, en particular de la legalidad de la ejecución de las penas, deberá estar asegurado por el control ejercido conforme a la reglamentación nacional por una autoridad judicial o cualquier otra autoridad legalmente habilitada para visitar a los reclusos y no perteneciente a la Administración penitenciaria⁴⁸.

La discusión estriba en determinar el grado de injerencia de dicha figura.

Por la distinta labor que desempeña, el órgano encargado de la ejecución de la sentencia, debe ser distinto al juez sentenciador. En efecto, se trata de una competencia específica, donde ya no interesan el juicio de culpabilidad ni el grado de reproche, sino más bien, la forma e intensidad con que se debe cumplir la pena. Se buscan el resguardo y la vigilancia sobre los aspectos medulares de la ejecución, teniendo siempre como norte que la privación de libertad no implica una pérdida absoluta de los derechos civiles y políticos⁴⁹, y recordando que la sanción privativa de libertad no debe considerarse como

una muerte civil, sino que solamente se pierden la libertad ambulatoria y los derechos que expresamente se indiquen en la sentencia.

Portanto, resulta absolutamente inconveniente que el mismo juez sentenciador, sea el encargado de “vigilar” el cumplimiento de la pena. En razón de lo dicho, se requiere que la atribución de esta competencia esté asignada a una jurisdicción especializada.

Ahora bien, en la justicia penal juvenil, también es necesaria la existencia de un juez de ejecución especializado en esta materia⁵⁰. Ya indicamos que los principios y fines del derecho penal juvenil, son distintos de los de adultos. Por ello, no es recomendable que se delegue la ejecución a los jueces de ejecución ordinaria. En consecuencia, en materia penal juvenil, se requiere una doble especialización: una que atienda a la fase de ejecución, y la segunda relativa a la población que debe atender, es decir, niños, niñas y adolescentes. Al analizar los datos de la investigación empírica, retomaremos este aspecto.

c. Principio de respeto a los derechos civiles

Como se ha venido sosteniendo, la persona privada de libertad no pierde otros derechos que los expresamente señalados en la sentencia condenatoria dictada en su contra, y aquellos que resultan como lógica consecuencia del fallo judicial. Esto significa que se mantienen inalterables todos los derechos inherentes a la persona humana.

47 González Cano (María Isabel), óp. cit., p.49.

48 M.Bachs i Estancy (Josep). El control Judicial de la ejecución de la penas en nuestro entorno cultural. En: Cárcel y Derechos Humanos, óp. cit., p. 119.

49 “No puede perderse de vista que, como cualquier otro sector de la administración, el penitenciario debe estar sometido al control y vigilancia en la ejecución de medidas y sanciones estatales, particularmente sensibles a la eventual violación de los derechos fundamentales de las personas por tratarse de la privación de libertad”. Arroyo (José Manuel). Ejecución de las sanciones en justicia penal juvenil. En: De la arbitrariedad... óp. cit., p. 455.

50 Sobre el particular, existen diferentes estudios que destacan la importancia y la exigencia de una justicia especializada. De igual forma, son abundantes las normas internas y del derecho internacional que apuntan en ese sentido, tales como: la ley de Justicia Penal Juvenil, las Reglas de Beijing. Todas estas normas refieren la especialidad de la jurisdicción. Sin embargo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobado por ley 4534 del 23 de febrero de 1970, en el artículos 5, inciso 5 indica: “Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados con la mayor celeridad posible, para su tratamiento [...]”. Esta especialidad no puede suspenderse en caso de guerra, peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado.

En tal tesitura y solo a manera de ilustración, podemos mencionar entre otros los siguientes:

A) En primer lugar y de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de nuestra Constitución Política, se tiene derecho a la vida⁵¹. Una consecuencia inmediata de esa disposición, es que no puede aplicarse en nuestro sistema, la pena capital o pena de muerte. Además, paralelamente al reconocimiento del derecho a la vida, surge la obligación del Estado de protegerla, tanto a ella como a la integridad física⁵², especialmente de personas que se encuentran privadas de libertad, pues, en estos casos, el Estado es el garante de su situación, mientras permanezcan detenidos.

De esta forma, la mayoría de los convenios internacionales, así como la normativa interna respecto a privados de libertad, prohíben a las autoridades penitenciarias el uso de la fuerza o violencia como castigo.

B) En segundo lugar, el sentenciado tiene derecho a la salud. El hecho de que una persona se encuentre sometida al sistema penitenciario no significa que no se le reconozca este derecho fundamental. Por el contrario, el Estado se encuentra obligado a velar por las condiciones mínimas sanitarias que garanticen que, aun en la prisión (internamiento), se velará por la salud de los internos. Precisamente, para cumplir con esa encomienda, el Ministerio de Justicia tiene convenios con la Caja Costarricense de Seguro Social y con el Ministerio de Salud, con el propósito de brindar los servicios básicos de salud a la población penitenciaria. Sobre este

importante tema, nuestra Sala Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos:

El derecho a la salud tiene como propósito fundamental hacer efectivo el derecho a la vida, porque con este no se protege únicamente la existencia biológica de la persona, sino también los demás aspectos que de ella derivan. Se dice, con razón, que el ser humano es el único ser de la naturaleza con conducta teleológica, porque vive de acuerdo a sus ideas, fines y aspiraciones espirituales; en esa condición de ser cultural radica la explicación sobre la necesaria protección que, en un mundo civilizado, se le debe otorgar a su derecho a la vida en toda su extensión, y en consecuencia, a una vida sana. Si dentro de las extensiones que tiene este derecho está, como se explicó, el derecho a la salud o de atención a la salud, ello incluye el deber del Estado de garantizar la prevención y tratamiento de las enfermedades⁵³.

No obstante, para nadie son un secreto las pésimas condiciones sanitarias en que se encuentran las cárceles de nuestro país⁵⁴, al punto que actualmente, el sistema penitenciario atraviesa por una de las tantas crisis que ha tenido en materia de hacinamiento y salud, especialmente cuando se trata de la población conocida como “jóvenes adultos”.

Dentro de los derechos civiles propios de la población en estudio, merece especial atención el derecho a la educación. Por tratarse de seres humanos en formación, la educación ocupa un lugar preponderante. Así lo interpretó la Sala Constitucional, quien declaró con lugar

51 “Este derecho se refiere, en primer término, a la vida física, biológica del hombre. No obstante, es conveniente recordar que la vida humana no se agota, como en el caso de los animales, en su manifestación netamente biológica. En él, por el contrario, lo más importante de su existencia es el aspecto espiritual, dado que es el único ser de la naturaleza cuya conducta es teleológica, es decir, el único ser que introduce fines en ella, para tratar de conformarla de acuerdo con sus ideas y aspiraciones espirituales.” Hernández Valle (Rubén). El derecho de la Constitución. Volumen II, 1° edición. San José, Editorial Juricentro, 1994, p. 362.

52 “De la combinación armónica de los artículos 21 (derecho a la vida), 33 (prohibición de discriminaciones contrarias a la dignidad humana) y 40 (prohibición de torturas y tratos degradantes) deriva, en nuestro ordenamiento, el derecho a la integridad física.” Hernández Valle (Rubén). Óp. cit., p. 366.

53 Sala Constitucional. Voto n.º 1915 -92, del veintidós de julio de mil novecientos noventa y dos.

54 Sobre el particular Cfr. Bogantes Rodríguez (Mónica) y Oquendo Murillo (Ingrid). Examen del cumplimiento de los derechos fundamentales en el centro Penal la Reforma. Tesis para optar por el título de Licenciadas en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1998.

un recurso de amparo interpuesto por un joven privado de libertad que reclamaba su derecho a la educación. En esta oportunidad, la Sala señaló la obligación del Estado y de las autoridades penitenciarias, con el fin de tomar las medidas necesarias para que los privados de libertad, puedan continuar su educación en sus centros de detención.

Además de los derechos ya citados, resulta imperioso destacar el derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes privados de libertad, a una familia o a un grupo social que cumpla dicha función. Como se ha venido señalando, el derecho penal juvenil tiene como objetivo básico, el fin pedagógico de la sanción, objetivo que difícilmente se podría cumplir sin el soporte, asistencia y dirección del grupo familiar del que forma parte. La vigencia de los derechos civiles es una cuestión que no necesita reconocimiento explícito en el derecho positivo, porque es una consecuencia lógica y necesaria en un Estado de derecho.

Sin embargo, el legislador costarricense, con el único propósito de reafirmar esta situación, dispuso:

Derechos del menor de edad durante la ejecución. Durante la ejecución de las sanciones, el menor de edad tendrá, como mínimo⁵⁵, los siguientes derechos:

- a) Derecho a la vida, la dignidad y la integridad física y moral.
- b) Derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminado.
- c) Derecho a permanecer, preferiblemente, en su medio familiar, si este reúne los requisitos adecuados para el desarrollo del menor edad.
- d) Derecho a recibir los servicios de salud, educativos y sociales adecuados a su edad y condiciones y a que se le proporcionen personas con la formación profesional requerida.
- e) Derecho a recibir información, desde el inicio de la ejecución de la sanción, sobre:
 1. Los reglamentos internos sobre comportamiento y vida en el centro, en especial la relativa a sanciones disciplinarias que puedan aplicársele.
 2. Sus derechos en relación con los funcionarios penitenciarios responsables del centro de detención.
 3. El contenido del plan individual de ejecución para reinsertarlo en la sociedad.
 4. La forma y los medios de comunicación con el mundo exterior, los permisos de salida y el régimen de visitas.
- f) Derecho a presentar peticiones ante cualquier autoridad y a que se le garantice respuesta.
- g) Derecho a que se le mantenga, en cualquier caso, separado de los delincuentes condenados por la legislación penal común.
- h) Derecho a que se le ubique en un lugar apto para el cumplimiento del plan de ejecución individual y a que no se le traslade arbitrariamente.
- i) Derecho a no ser incomunicado en ningún caso, ni a ser sometido al régimen de aislamiento ni a la imposición de penas corporales. Cuando la incomunicación o el aislamiento deben ser aplicados para evitar actos de violencia contra el menor de edad o terceros, esta medida se comunicará al juez de ejecución y al defensor de los habitantes, para que, de ser necesario, la revisen y la fiscalicen.

⁵⁵ La misma redacción del artículo 138 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, permite visualizar que los derechos contenidos en esa norma, son a título de ejemplo, y serán considerados como un mínimo y nunca como una lista agotada. Es decir, se pueden otorgar más derechos que los allí previstos, pero no menos.

- j) Los demás derechos, especialmente los penitenciarios, establecidos para los adultos y que sean aplicables a los menores⁵⁶.

d. Principio al debido proceso

Ya se ha señalado que los privados de libertad, mantienen incólumes todos sus derechos, distintos de los limitados por la pena privativa de libertad. Como lo plantea Rivera, la

[...] población reclusa conserva todos los derechos fundamentales a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. La tutela efectiva de tales derechos fundamentales supone, en consecuencia, que los reclusos pueden dirigirse a los órganos jurisdiccionales en demanda de esa protección⁵⁷.

Precisamente, para cumplir con los anteriores postulados, surge el principio de legalidad⁵⁸, el cual exige que el contenido de las penas, esté previsto legalmente y que no se limiten los derechos subjetivos más allá de lo establecido en la amenaza penal con anterioridad a la comisión del delito, contravención o falta.

En la fase de ejecución de la pena, esto se traduce en la necesidad de que en el régimen disciplinario, las faltas y las sanciones se encuentren previamente descritas.

En cuanto a los principios que rigen la ejecución de la pena, la Sala Constitucional considera de capital importancia el principio de legalidad. Sobre el particular señala que la legalidad de la ejecución de la pena (“nulla poena sine lege”) se origina en el de la legalidad del delito

(“nullum crimen sine lege”), con lo que se quiere decir que la ejecución de las penas y las medidas de seguridad no pueden quedar abandonadas al libre arbitrio de la autoridad penitenciaria, o de la administración, sino que debe practicarse con arreglo a lo dispuesto en las leyes u otras disposiciones legales, es decir, en la forma, con las modalidades y circunstancias que estas establezcan. La garantía penal, asegurada por el principio de legalidad de las penas, quedaría incompleta en gran parte sin la garantía ejecutiva que protege la legalidad de la ejecución penal⁵⁹.

Con esto se mitiga la crítica que tradicionalmente se ha hecho sobre el tratamiento laxo, respecto de las garantías propias del Estado de derecho en la fase de ejecución. Sobre el particular Borja Mapelli considera que las

garantías emanadas del Estado de derecho no gravitan con la misma presión en cada una de las fases; vemos que la actividad policial y la actividad penitenciaria se desarrollan con mucha más liberalidad, arbitrariedad, discrecionalidad que la actividad propiamente judicial, de manera que se podría establecer mediante unas coordenadas un dibujo en forma de U, de manera que los momentos que pudiéramos llamar extremos o polares de todo lo que es el sistema penal, es decir, la actividad policial y penitenciaria vendrían a coincidir con los momentos en donde menos garantías se establecen para el justiciable. Basta pensar por ejemplo, cómo la actividad policial y penitenciaria está impregnada de una serie de principios políticos con los que no juega o no actúa normalmente el Poder Judicial; principios de oportunidad, de adecuación, de seguridad, de idoneidad, de conveniencia, todos estos principios están constantemente presentes en el desarrollo

56 Artículo 138 de la Ley de Justicia Penal Juvenil.

57 Rivera Beiras (Iñaki). La Devaluación de los Derechos Fundamentales de los Reclusos. Óp. cit., p. 242.

58 El principio de legalidad surge “como garantía individual frente a la intervención del Estado, en la medida en que se ha demostrado su imperiosa necesidad para evitar no solamente la inseguridad jurídica, sino el nefasto terror penal [...]. La seguridad jurídica, particularmente en materia penal conlleva límites precisos en la definición estricta y previa de conductas delictivas, lo cual menoscaba las pretensiones antojadizas de las voluntades autoritarias”. Mora Mora (Luis Paulino) y Navarro (Sonia). Óp. cit., p. 69.

59 ■

de las actividades de policías y funcionarios de instituciones penitenciarias⁶⁰.

En nuestro país, existe una clara tendencia doctrinaria y jurisprudencial hacia el reconocimiento de los derechos fundamentales de los sentenciados y sobre el respeto al debido proceso. En ese sentido, se considera que la dignificación de la persona, sin exclusión del privado de libertad, destaca como marcada tendencia en la jurisprudencia constitucional, signada en una clara orientación hacia el reconocimiento y efectiva tutela de los derechos fundamentales, lo cual se sustenta en que el delincuente condenado a pena privativa de libertad en una democracia, no pierde su dignidad de ser humano, ni sus derechos fundamentales, salvo la libertad ambulatoria⁶¹.

En lo que se refiere al tema del debido proceso, la Sala Constitucional señaló mediante el voto 1739-92, los aspectos mínimos que tiene nuestro ordenamiento jurídico⁶².

En relación con la materia penal juvenil, podemos destacar, entre otros, los siguientes principios: por un lado, el acceso a la justicia, garantizado en los numerales 27 y 41 de la Constitución Política. De la relación de ambas normas se infiere la existencia de un sistema judicial independiente y especializado para resolver los conflictos surgidos en el accionar social. Por ello, toda gestión efectuada por las partes, debe ser resuelta por los órganos jurisdiccionales competentes y dentro de un plazo razonable.

En cuanto a los tribunales, deben ser conformados de acuerdo con lo dispuesto en

la Constitución y la ley, es decir, la prohibición de jueces o tribunales especiales, nombrados para un caso concreto. Sin embargo, en nuestra materia, el juez regular también conlleva la necesidad de que existan un juez y una justicia especializada. Esto es así por disposición expresa de la ley y de los instrumentos internacionales que señalan la necesidad de que el juzgamiento de los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal, se efectúe con jueces especialmente capacitados en la materia.

En lo que al principio de legalidad se refiere, exige que el juzgamiento y su ejecución se realicen con estricta aplicación de la ley procesal, es decir, que se sigan los trámites y requerimientos establecidos en la normativa adjetiva y sustantiva. Esto implica que, en materia de ejecución, tanto los órganos jurisdiccionales como administrativos, deben cumplir con lo dispuesto en la Ley Penal Juvenil. Específicamente, se contempla la obligación de hacer las comunicaciones respectivas a las diferentes autoridades involucradas en el cumplimiento de la sanción, la presentación de los planes individuales de ejecución, y la remisión de informes en los plazos estipulados por ley. Las modificaciones que se den a la pena impuesta, deben ser acordes con el procedimiento establecido y deben estar indicadas dentro de las prerrogativas de misma ley.

En el tema del debido proceso, es importante destacar el principio o derecho al contradictorio y el derecho de defensa. En cuanto al primero, se entiende que el proceso es una confrontación entre partes, donde el juez

60 Mapelli Caffarena (Borja). Ejecución y Proceso Penal. Revista de Ciencias Penales. San José, n.º 15, año 10, diciembre de 1998.

61 Mora (Luis Paulino) y Navarro (Sonia). Óp. cit., p.159. Sobre ese mismo punto, el voto 179-92 de las nueve horas con treinta minutos, del veinticuatro de enero de mil novecientos noventa y dos, citado por dichos autores, ha señalado: "Para las personas contra las que se ha dictado una sentencia condenatoria de prisión de pérdida de la libertad ambulatoria es la principal consecuencia, pero conserva todos los demás derechos o garantías contenidas en nuestra Constitución que no hayan sido afectadas por el fallo jurisdiccional, incluidos el derecho a la información y comunicación, a la salud, a la libertad de religión, a la igualdad de trato, y no discriminación, al sufragio, al trabajo, a la educación, a la libertad de expresión y pensamiento, etc [...], pues como seres humanos que son, conservan los derechos inherentes a su condición humana, con la salvedad de la restricción mencionada".

62 De esta forma, se mencionan, entre otros, el derecho general a la legalidad, derecho al juez regular, derecho de audiencia y defensa, principio de inocencia (aun en proceso administrativo), principio de "in dubio pro reo", derechos al procedimiento, derecho a una sentencia justa, derecho a recurrir, eficacia formal de las resoluciones y eficacia material de las resoluciones.

se encuentra por encima de ambas y es el garante de los derechos de todos. De suerte que sobre cualquier gestión o petición de alguna de ellas, debe dársele audiencia a la otra. Con ello se posibilitan la intervención y el derecho a ser oídos.

En cuanto a la defensa, se integra con dos componentes. Uno de ellos es la defensa material, constituida por aquellas acciones o manifestaciones del sentenciado que buscan favorecer sus intereses. Junto a ella, tenemos la defensa técnica, ejercida por un profesional en derecho, quien realiza una labor de asistencia y representación de su defendido, y busca el mayor beneficio para su patrocinado. Se trata, pues, de una defensa efectiva y no una defensa nominal y pasiva.

Otro punto que merece un comentario especial, es el derecho a la prueba. Nos referimos a la posibilidad que tiene el sentenciado de ofrecer y de que se evacúe toda la prueba que resulte pertinente y útil para resolver los distintos incidentes y gestiones que se presentan en la fase de ejecución. Precisamente, a través de la prueba, el sentenciado o cualquiera de los demás sujetos procesales, puede sustentar o motivar sus alegaciones.

Paralelo a este derecho, resulta de capital importancia reforzar e incentivar la oralidad dentro de la ejecución. Como bien lo expone el profesor González⁶³, la oralidad es un instrumento que facilita los fines propios del proceso penal y desarrolla de mejor forma, los principios acusatorios de la Ley de Justicia Penal Juvenil. Todos estos elementos, que la Sala ha señalado como un elenco mínimo de garantías para el ciudadano, deben observarse

en la fase de ejecución⁶⁴. De manera que la judicialización, el control y la vigilancia sobre la ejecución de la sentencia, no son una fórmula vacía o de mero contenido ideológico, sino que el juez debe convertirse en un verdadero garante de los derechos humanos de los sentenciados.

En nuestro medio, la Sala Constitucional se refirió ampliamente a esta garantía, y consideró que se trata de un elemento integrante e insustituible del debido proceso. En ese sentido, indicó que

el derecho de defensa en sí: también se desprende del artículo 39 de la Ley Fundamental, y muy especialmente de los incisos a, c, d, e, f, y g, del párrafo 2, y de los párrafos 3 y 5 del artículo 8 de la Convención Americana, de todo lo cual resulta toda una serie de consecuencias, en resumen: el derecho del reo a ser asistido por un traductor o intérprete de su elección o gratuitamente proveído, así como por un defensor letrado, en su casos también proveído gratuitamente por el Estado [...]; el derecho irrestricto a comunicarse con su defensor [...]; la concesión del tiempo y medios razonablemente necesarios para una apropiada preparación de la defensa, la cual debe necesariamente valorarse en cada caso atendida su complejidad, volumen, etc.; el acceso irrestricto a las pruebas de cargo y la posibilidad de combatirlas [...]⁶⁵.

Sobre este mismo aspecto y en la misma resolución, la Sala aclaró que el derecho de defensa no es un mero enunciado o una garantía formal. No basta el apersonamiento

63 "Como bien se señala, la oralidad no constituye un principio en sí mismo, sino que es un instrumento o facilitador de los principios políticos básicos y de las garantías que estructuran el propio sistema procesal penal." Cfr. González Álvarez (Daniel). La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal. En: Revista de Ciencias Penales. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, año 8, n.º 11, julio de 1996, p. 63.

64 "El anteproyecto de ejecución de sanciones penales juveniles acompaña a esos objetivos generales de una serie de principios rectores durante la etapa de ejecución que se refieren al principio de humanidad (primacía del interés de la persona menor de edad) principio de legalidad [...], principio de tipicidad, principio de proporcionalidad [...] principio del debido proceso (entendido en sentido amplio, suponemos, como respeto a garantías procesales." Arroyo (José Manuel). Ejecución de las sanciones en justicia penal juvenil. En: De la Arbitrariedad [...]. Óp. cit., p. 468.

65 Sala Constitucional. Voto n.º 1739-92.

del defensor o la potestad abstracta de defender. Se trata de una garantía sustancial, de tener acceso a una efectiva defensa técnica, “plena y eficaz”.

Sobre el derecho de defensa, tanto la Ley de Justicia Penal Juvenil como el Código Procesal Penal, garantizan al sentenciado el derecho a un patrocinio letrado, el cual puede ser de la confianza del interesado o, en su defecto, un defensor público⁶⁶.

El derecho de defensa se encuentra íntimamente ligado al derecho de audiencia, que también se encuentra recogido en el artículo 39 constitucional y resulta predicable de todo derecho sancionatorio. Esta garantía se encuentra igualmente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 8, párrafos 1, 2 y 5. En primer lugar, el sentenciado tiene derecho a ser informado de todo cargo o falta que se le impute. Este es el principio de intimación, que da lugar al derecho de todo imputado a ser instruido de cargos, es decir, puesto en conocimiento de la acusación

[...]; es obligación de todas las autoridades que intervienen en el proceso [...] instruir de cargos y advertir de sus derechos [...] mediante una relación oportuna, expresa, precisa, clara y circunstanciada de los hechos y de las consecuencias legales⁶⁷.

Por supuesto que, en esta materia, la fase de ejecución debe regirse por el principio de legalidad, el cual se encuentra previsto en el artículo 39 de la Constitución Política. Igualmente, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 11.2 establece que

[...] nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito⁶⁸. También, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en el numeral 25 impone como límite, a los Estados que deseen privar a alguien de su libertad, el que se respeten las leyes establecidas con anterioridad⁶⁹.

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispone en el párrafo primero del artículo 15:

[...] Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará con ello

Finalmente en lo que a la normativa internacional se refiere, también la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 9, prescribe el principio de legalidad como una garantía fundamental.

El principio en estudio, al igual que la mayoría de las garantías, pretende establecer un control al

[...] poder punitivo del Estado, confinando su aplicación dentro de límites excluyentes de toda arbitrariedad y exceso por parte de los detentadores del poder⁷⁰.

66 El nombramiento de un defensor público, usualmente es una garantía de que la defensa no es solo formal, sino también material. El Departamento de Defensores Públicos, cuenta con una amplia planilla de profesionales. Algunos se dedican de manera exclusiva a la fase de ejecución, por lo que poseen una gran experiencia.

67 Voto 1739-92 de la Sala Constitucional.

68 Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 11.2.

69 El artículo 25 de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del hombre dispone: “Nadie podrá ser privado de su libertad, sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes”.

70 Velásquez Velásquez (Fernando). Derecho Penal. Parte General. Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis S.A., 1994, p. 221.

De lo anterior se colige que el Estado, tanto para la tipificación de los hechos, como en las consecuencias que le atribuye, y aun más, para la ejecución de la pena impuesta, debe regirse por el imperio de la legalidad. Con ello, se pretende revestir a la norma penal y disciplinaria de la legitimidad necesaria en un Estado de derecho⁷¹.

El principio de legalidad, aplicado a nuestra materia, básicamente significa que las faltas y sanciones dentro del régimen disciplinario, deben estar previamente establecidas y ser puestas en conocimiento del sentenciado, desde el ingreso en el establecimiento penal. Este aspecto se encuentra debidamente contemplado en la Ley de Justicia Penal Juvenil y, más propiamente, en la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles. De igual forma, el principio de legalidad también tiene su importancia en el ámbito procesal. En ese sentido, la misma Sala Constitucional, en el referido voto 1739-92, señaló:

Es en virtud de la presencia de todos esos elementos del principio de legalidad, que prácticamente toda la materia procesal está reservada a la ley formal, es decir, a normas emanadas del órgano legislativo y por los procedimientos de formación de las leyes, con exclusión total de reglamentos autónomos y casi total de los propios reglamentos ejecutivos de las leyes; así como que la ley procesal debe ser suficiente para disciplinar el ejercicio de la función jurisdiccional y de las actividades de las partes ante ella, en forma tal que no queden lagunas importantes por llenar reglamentaria ni subjetivamente; y por

último, que las exigencias de la ley procesal han de tener garantizada eficacia, material y formal, al punto que en esta materia las violaciones a la mera legalidad se convierten, por virtud del principio, automáticamente en violaciones al debido proceso, por ende de rango constitucional.

Junto a estos derechos que se han venido enumerando, debemos recalcar el derecho al juez regular, contemplado directamente en el artículo 35 de la Constitución Política, el cual señala: nadie podrá ser juzgado por comisión, tribunal o juez especialmente nombrado para el caso, sino exclusivamente por los tribunales establecidos de acuerdo con esta Constitución.

Este principio

se complementa, a su vez, con los de los artículos 9, 152, 153, y, en su caso, 10, 48, y 49 de los cuales resulta claramente, como se dijo supra, la exclusividad y universalidad de la función jurisdiccional en manos de los tribunales dependientes del Poder Judicial⁷².

En la ejecución de la sentencia, los privados de libertad tienen derecho a que se respeten su vida e integridad física, derecho que garantizan tanto la Constitución Política⁷³, como la Convención Americana. Este derecho resulta inherente a la condición humana⁷⁴ y abarca tanto su perspectiva biológica, como espiritual, es decir, un trato acorde con la condición humana. Precisamente, tanto nuestra Carta Política Fundamental como los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, prohíben la aplicación de tratos

71 Sobre el tema de la legitimación en el derecho penal, apunta Ferrajoli: "El problema de la legitimación o justificación del derecho penal, consiguientemente, plantea en su raíz la cuestión misma de la legitimidad del Estado, de cuya soberanía es precisamente el poder de castigar, que puede llegar hasta el *ius vitae ac necis*, la manifestación más violenta, más seriamente lesiva de los intereses fundamentales del ciudadano y en mayor medida susceptible de degenerar en arbitrariedad." Ferrajoli (Luigi). *Derecho y Razón*. Madrid, Editorial Trotta, 1995, p. 211.

72 Sala Constitucional. Voto 1739-92.

73 El artículo 21 de nuestra Constitución Política señala: "La vida Humana es inviolable", mientras que el artículo 4 de la Convención Americana estipula "[...] toda persona tiene derecho a que se respete su vida [...] Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".

74 "El derecho a la vida está indisolublemente unido al hecho biológico de la existencia humana, la cual constituye justamente su presupuesto. Por ello, es posible afirmar que se tiene derecho a vivir, porque ya se vive. Es decir, la existencia biológica constituye, por así decirlo, la carta de naturalización del derecho a la vida" Constitución Política de Costa Rica, comentada y anotada por Hernández Valle (Rubén). San José, Editorial Juricentro, 1998, p. 64.

cruelles o degradantes, así como cualquier tipo de tortura⁷⁵. Igualmente, los sentenciados, salvo que la sentencia expresamente los haya inhabilitado para ejercer los derechos políticos, tienen derecho al sufragio. También, tienen derecho a la comunicación con el mundo exterior, en especial con sus familiares y amigos y a la libertad sexual.

En la materia penal juvenil, el artículo 135 establece, de manera amplia, que le corresponde al juez de ejecución controlar la ejecución de las sanciones impuestas y conocer las incidencias que se presenten, así como “controlar” los objetivos de la ley. Se trata de un ente fiscalizador con amplias potestades. A esta autoridad le compete, además, velar por el respeto de los derechos fundamentales de los sentenciados. Para cumplir tal cometido, la ley le impone la obligación de visitar regularmente los centros penales, a fin de constatar las condiciones intracarcelarias y el respeto a la dignidad humana. Para controlar la ejecución y los objetivos de la sanción, la ley le atribuye la potestad de vigilar el plan individual de ejecución y efectuar las modificaciones de la sanción, cuando sea conveniente y conforme a la evolución del sentenciado.

Correlativamente, le corresponde a la Dirección de Adaptación Social, la custodia del sentenciado, la elaboración de los planes de ejecución, lo relativo a traslados, y en general, a la forma en que se ejecuta la sanción. No cabe duda de que en materia de Justicia Penal Juvenil, asistimos a una verdadera

[...] judicialización de la ejecución, a través de la cual hemos sido testigos de una auténtica traslación de las más importantes competencias hasta el momento residenciadas en la administración hacia el ámbito de la potestad decisoria de la “jurisdicción” penitenciaria⁷⁶.

En realidad, la individualización de la pena que se hacía en la fase de ejecución por parte de la administración, se convierte en una función jurisdiccional. Claro está, sin perjuicio de que la administración conserve importantes atribuciones sobre la intensidad de la pena. Esta judicialización de la sanción no significa que el juzgado deba o pueda sustituir a la administración⁷⁷. Por el contrario, lo ideal es que el juez cumpla una función de fiscalizador y garante de los derechos de los privados de libertad, mientras que la administración realiza normalmente sus funciones. El ente jurisdiccional solamente interviene, cuando exista un desvío de la administración y se produzca una lesión a los derechos fundamentales de los sentenciados.

e. Finalidad educativa y resocializadora de la sanción

Uno de los temas más discutidos en la doctrina, se refiere a la finalidad de la sanción penal, en particular a la sanción privativa de libertad. En sus inicios, el encierro era únicamente una medida cautelar, como una forma de contener a los que posteriormente iban a ser enviados a

75 La tortura se define como “ todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflinjan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”. Secretaría General de los Estados Americanos. Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, febrero de 1999, p. 86.

76 González Cano (María Isabel). Perspectivas de futuro sobre el juez de vigilancia penitenciarias y la ejecución de la pena privativa de libertad. Óp. cit., p. 453.

77 Sobre este tema Guerrero Araya (Xinia) y Santamaría Jiménez (Esthela). Óp. cit., p. 341, señalan: “Otro indicador de la competencia, ha sido el establecer que los jueces ejecutores no pueden reemplazar o sustituir a las autoridades penitenciarias, en aspectos que son propios de su ámbito de competencia, se les está limitando su labor, a ser específicamente de contralor y de interdicción de la arbitrariedad”.

las galeras, deportados a colonias, indultados o ejecutados públicamente, así como quienes se encontraban en estado de insolvencia⁷⁸.

Dentro de las causas, por las que surge este instituto se mencionan, entre otras, las siguientes:

- a) A partir del siglo XVI se da un replanteamiento ideológico de la libertad y se impone progresivamente el racionalismo.
- b) Se sustituye la publicidad del castigo por la vergüenza y el olvido, pues es una forma de que la sociedad se deshaga del delincuente.
- c) Los trastornos y cambios socioeconómicos que se suceden en la transición de la Edad Media a la Moderna, generan una gran cantidad de mendigos y delincuentes, por lo que no era aconsejable la pena de muerte. Además, se encontró un sustituto eficaz y productivo: la prisión⁷⁹.

Con este nuevo invento, se da respuesta a dos problemas distintos:

A su función de represión se agrega una nueva utilidad. Ahora ya no se trata de encerrar a los sin trabajo, sino de dar trabajo a quienes se ha encerrado y hacerlos así útiles para la prosperidad general. La alternación es clara: mano de obra barata, cuando hay trabajo y salarios altos; y en

periodo de desempleo, reabsorción de los ociosos y protección social contra la agitación y los motines⁸⁰.

Desde Beccaria se le asignaba una finalidad de prevención especial y general⁸¹, el

[...] fin pues no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales⁸².

Tradicionalmente, el tema se ha planteado desde dos ópticas distintas: una desde la perspectiva de la teoría preventiva-especial positiva, y otra desde la prevención general negativa⁸³. En una primera fase, se consideró la importancia de la prevención general, a través de una pena ejemplarizante. Se tenía un concepto retributivo de la pena y, en tal tesitura, se consideraba que la sanción no debía sobrepasar el daño producido con el delito. Posteriormente, se llega a la tesis del tratamiento penitenciario, con lo cual se intenta dar una respuesta al problema y rehabilitar al delincuente.

Para nuestros efectos, únicamente nos interesa la primera finalidad, pues es la que se relaciona directamente con la ejecución de la pena y tiende a darle alternativas al sentenciado para que no vuelva a cometer delitos. Precisamente esa finalidad especial preventiva

78 Al respecto, Cfr.: Miralles (Teresa). El Control Formal de la Cárcel. En: El pensamiento criminológico II, Estado y Control. España. Ediciones Península, 1983, p. 96.

79 Cfr: Cruz Castro (Fernando). El objetivo resocializador en los orígenes de la prisión. Primeros sistemas penitenciarios. En: Revista Judicial. Costa Rica, año XIV, n.º 48, diciembre 1989, p. 13.

80 Cfr

81 Es difícil sostener en un Estado republicano –como el nuestro– la tesis de prevención general. Si en dicho sistema, el ser humano es el eje sobre el que gravita todo el quehacer estatal, resulta cuestionable que se utilice a ese ser humano como un instrumento para evitar que otros cometan delitos.

82 Beccaria (Cesare). De los delitos y las penas. España. Alianza Editorial, 1968, p. 46.

83 Desde Bentham, se empieza a dar mucha importancia al aspecto penitenciario (prevención especial) con el propósito de buscar el carácter ejemplarizante de la pena. Al respecto consideraba que “[...] el negocio pasado no es más que un punto, pero el futuro es infinito: el delito pasado no afecta más que a un individuo, pero los delitos semejantes pueden afectarlos a todos. En muchos casos es imposible remediar el mal cometido, pero siempre se puede quitar la voluntad de hacer mal, porque por grande que sea el provecho de un delito siempre puede ser mayor el mal de la pena”. Citado por Cruz Castro (Fernando). Óp. cit., p. 42.

se encuentra contemplada en los instrumentos internacionales, la Convención Americana de los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸⁴.

En nuestro país, el artículo 51 del Código Penal establece:

La pena de prisión y las medidas de seguridad se cumplirán en los lugares y en la forma que una ley especial determine, de manera que ejerzan sobre el condenado una acción "rehabilitadora".

Este artículo debe complementarse con el 55, en la medida en que este último prevé el trabajo intracarcelario, como una forma de rehabilitar al condenado⁸⁵. Precisamente, por ese carácter terapéutico y en contra de los derechos laborales, no se reconoce una verdadera relación laboral entre el patrono y el presidiario. Dentro de esta corriente rehabilitadora, se trataban el delito como una enfermedad y al delincuente como un enfermo necesitado de tratamiento.

Por tanto, se crearon centros de "adaptación", cuya sola referencia alude al proceso de reinserción del delincuente a la sociedad. Así, surgen prisiones cuyo fundamento ideológico y la propia estructura se dirigían a la cura de ese mal. Aquí encuentra sustento el panóptico de Jeremías Bentham y el correccionalismo

alemán. En esta primera etapa de la ideología rehabilitadora, "[...] se mezclaron en el tratamiento consideraciones morales y pragmáticas, o extrañas al marco puritano"⁸⁶.

Un segundo momento de la evolución se orientó hacia una distinción entre los sentenciados con rasgos biológicos que le impedían cualquier tratamiento y, por ende, lo único aplicable eran la segregación social y aquellos otros que, si bien presentaban una afectación biológica que los convertía en seres inferiores, tenían posibilidades de tratamiento y regeneración⁸⁷.

La tercera fase de la ideología del tratamiento, coincide con el ocaso del positivismo biológico que, por su estrecho vínculo con el racismo [...] entró en crisis definitiva en la Segunda Guerra Mundial, al tiempo que subía la estrella del llamado estado del bienestar o benefactor, fuertemente impulsado por el New deal, cuyo discurso económico lo proporcionara Keynes, en tanto que el sociológico provenía de Parsons y de los otros autores sistémico⁸⁸.

Todas estas concepciones parten de la base de que el sentenciado es un ser inferior, que presenta una patología moral, social, psíquica y biológica, y por ello, fracasaron en el proceso de socialización, y el resultado fue que se convirtiera en delincuente.

84 El inciso 6 del artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala: "Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados". Por su parte, el artículo 10, párrafo tercero, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone: "El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica".

85 El artículo 55 del Código Penal establece: "El Instituto Nacional de Criminología, previo estudio de los caracteres psicológicos, psiquiátricos y sociales del interno, podrá autorizar al condenado o indiciado para que descuente o abone la multa o la pena de prisión impuestas o que se llegare a imponer, mediante el trabajo a favor de la administración pública, de las instituciones y corporaciones autónomas y semiautónomas del Estado o de la empresa privada. Para tal efecto, un día de trabajo ordinario equivale a un día de prisión. Las labores de toda índole, que se realicen en el Centro de Adaptación Social y fuera de él, se computarán en igual forma. El salario respectivo se abonará total o parcialmente para satisfacer la multa impuesta. El interno gozará de los beneficios que el Estado y sus instituciones otorguen a los trabajadores, aunque no existirá relación laboral entre el empleador y el empleado interno".

86 Zaffaroni (Eugenio Raúl). Los objetivos del Sistema Penitenciario y las normas constitucionales. En: Jornadas Sobre Sistema penitenciarios y derechos humanos. Buenos Aires, Editores del Puerto, S.R.L., 1997, p.181.

87 "Al amparo de este paradigma se desarrolló el discurso de la llamada criminología clínica como capítulo de la criminología etiológica positivista, privilegiante de un modelo biológico y psiquiátrico, que no cuestionaba al sistema penal o que sólo lo hacía relevando sus caracteres estructurales como datos coyunturales". Zaffaroni (Eugenio Raúl). Óp. cit., p.184.

88 *Ibid.*, p.184.

En lo que respecta a la justicia penal juvenil, a pesar de tratarse de una disciplina incipiente, no cabe la menor duda respecto a la finalidad de la sanción. Tanto la doctrina como el derecho positivo, le asignan una finalidad educativa, pedagógica⁸⁹.

En cuanto al fin “resocializador”, la doctrina nacional afirma:

Con respecto al derecho penal juvenil, es importante mencionar que las críticas al carácter educativo de las sanciones son mucho menos fuertes que en relación con el derecho penal de adultos. Lo anterior se halla motivado por el carácter de sujetos en formación que presentan los jóvenes: se parte de la consideración de que la personalidad se forma, decisivamente, en las etapas de la infancia y la adolescencia, por lo que existe necesidad de influir positivamente en su desarrollo. Se agrega a ello que el moderno derecho penal juvenil descansa, en general, en el criterio de que la capacidad de culpabilidad de los seres humanos es el resultado de un largo proceso de socialización y desarrollo; por tal razón, el ordenamiento no le otorga el mismo significado al mismo comportamiento disvalioso de los jóvenes que el que corresponda al mismo comportamiento de los adultos⁹⁰.

Sobre el particular, el artículo 7 establece, como uno de los fines del derecho penal juvenil, la reinserción del menor en su familia y la sociedad. Por su parte, el numeral 123 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, dispone:

Las sanciones señaladas deberán tener una finalidad primordialmente educativa y aplicarse, en su caso, con la intervención de la familia y el apoyo de los especialistas que se determinen⁹¹.

Doctrinariamente, existe consenso en cuanto al fin pedagógico de la sanción, atendiendo a las particulares características de esta población. Se asume que el adolescente es una persona

en condición peculiar de desarrollo que, tanto en términos físicos como cognitivos y emocionales él ya no es más un niño; sin embargo, tampoco es una persona adulta⁹².

Se parte de que el niño, la niña y el adolescente son seres en desarrollo y, por tanto, se visualiza al educando como

un receptáculo, en el cual el educador debe introducir conocimientos, habilidades, hábitos, valores y actitudes [...] Una relación en la que, de afuera para adentro, el educador va introduciendo, interiorizando, inculcando, introyectando, internalizando, inyectando y suministrando contenidos, que van siendo incorporados por el educando⁹³.

La sanción penal busca, en esta materia, que él responda por el acto cometido, situación que conlleva un innegable contenido pedagógico. Además, la imposición de una pena como resultado de un debido proceso, se considera como la reacción de la sociedad ante la comisión de un ilícito, pero también se pretende, de alguna manera, contribuir al desarrollo de la persona y del ciudadano.

89 “Conviene destacar, en primer término, que la ley de justicia penal juvenil propone como objetivos de la etapa de ejecución de las sanciones básicamente tres: a) el desarrollo personal; b) la reinserción familiar y social, y c) el desarrollo de sus capacidades.” Arroyo (José Manuel). Ejecución de las sanciones en justicia penal juvenil. En: *De la Arbitrariedad...* Óp. cit., p. 467.

90 Lobet (Javier) y Tiffer (Carlos). La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica: con jurisprudencia nacional. Óp. cit., p. 127.

91 Artículo 123 de la Ley de Justicia Penal Juvenil.

92 Gomes Da Costa (Antonio Carlos). *Pedagogía y Justicia*. En: *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Santa Fe de Bogotá. Editorial Temis, S.A., 1998, p. 62.

93 *Ibid.*, p. 62.

En este sentido, se hace un paralelismo entre la sanción paterna, como medida correctiva y educativa, y la sanción penal con fines educativos y pedagógicos. Lógicamente, la fuente de una y otras son diversas. En el primer caso, obedecen a situaciones propias de la dinámica familiar y, en su mayoría, son irrelevantes para el derecho penal. En el segundo caso, la comisión de un hecho punible es la que determina la sanción. Precisamente por esto último, debe seguirse un debido proceso, acorde con las garantías de un proceso penal democrático. En nuestro país, la doctrina ha sostenido, de manera unánime, el criterio esbozado en la ley. De esta manera, el profesor Tiffer señala que el fin de la sanción penal juvenil

es eminentemente pedagógico, y el objetivo fundamental del amplio marco sancionatorio es el de fijar y fomentar las acciones que le permitan al menor de edad su permanente desarrollo personal y la reinserción en su familia y la sociedad. Sin embargo, se toma en cuenta que la sanción comporta además un carácter negativo en el tanto limita derechos del individuo, y en ese sentido responde también a los criterios de prevención general⁹⁴.

Asimismo, a pesar de la grave crisis que presentan las tesis resocializadoras y reeducativas, si alguna finalidad distinta al mero castigo puede considerarse de la sanción, sin lugar a dudas se encontraría en el derecho penal juvenil, por tratarse de seres en

formación. También las tesis rehabilitadoras se han ido reformulando y reinterpretando de acuerdo con un derecho penal democrático⁹⁵, con el fin de que no se vean como una imposición, sino más bien, como una oferta que el sujeto toma o deja⁹⁶.

La finalidad de la pena en la justicia penal juvenil, debe observarse dentro de este contexto. En relación con el fin asignado a la pena, conviene cuestionarse

[...] si la finalidad pedagógica se da a través de todo el proceso de responsabilidad, o se da sólo con la sentencia e imposición de la pena, o requiere un cumplimiento efectivo de dicha sentencia. En tesis de principio, como se ha expuesto con anterioridad, se ha centrado el fin pedagógico en la "imposición de la pena y su ejecución", ya que busca la "corrección", "resocialización" del sentenciado (programa de intervención máximo). Sin embargo, somos del criterio que ese fin no puede circunscribirse a esa fase, sino a todo el proceso: desde el inicio hasta la sentencia y en, los casos que sea posible, en la ejecución. Para explicar esta finalidad pedagógica a través del proceso y la imposición de la pena, se afirma que "cuando el adolescente transgrede las normas de la vida social más amplias, cometiendo un acto que, si fuese cometido por un adulto, sería delito o contravención, la respuesta social a ese acto se dará por el sistema de administración de justicia juvenil. Aquí él no transgredió normas de

94 Tiffer Sotomayor (Carlos). De un derecho tutelar a un derecho penal mínimo/garantista: la nueva Ley de Justicia Penal Juvenil. En: Revista de Ciencias Penales, n.º 13, agosto de 1997, p. 101.

95 De esta forma, se afirma que: "[...] toda socialización que tienda a ir más lejos, es decir, que pretenda modificar la estructura interna (inconsciente) del carácter y de los valores (psicología del sujeto), encierra en su interior el peligro de coaccionar la actitud interna y es por eso inaceptable en una sociedad pluralista y en un Estado de Derecho. No obstante, como no creo que el punto de vista psicológico tenga que ser el único o decisivo, pienso que la solución correcta es una (re) socialización que no pretenda que el sujeto interiorice o asuma como propio el modelo social y sus valores, sino que se limite a intentar convencer o, en cualquier caso, a dar medios al sujeto (si es preciso, también medios psicológicos, ayudándole a resolver sus problemas complejos, conflictos internos, etc.) para que no delinca, es decir, para que no atente contra bienes jurídicos penalmente protegidos, comparta o no comparta los valores sociales." Luzón Peña (Diego Manuel) citado por Campos Zúñiga (Mayra). Política Criminal en la Materia Penal Juvenil: Aspectos sustantivos o de derecho material. En: Cuatro Temas Sobre Política Criminal. Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, San José, Costa Rica, 1998, p. 73.

96 En el mismo sentido, véase, Campos Zúñiga (Mayra). Óp. cit., p. 74.

familia o de la escuela, sino que infringió las reglas de la convivencia humana a una escala más alta⁹⁷.

Para establecer esa finalidad pedagógica en el proceso, debe partirse de su carácter simbólico⁹⁸.

Bajo esta tesis, el proceso penal juvenil permite la comunicación de símbolos significantes, conforme a los valores comunes compartidos por los miembros de nuestra sociedad; sin embargo, no debe buscar determinar en forma absoluta un comportamiento, sino “influir” sobre él, para que la persona menor de edad

97 Gomes Da Costa (Antonio) citado por Campos Zúñiga (Mayra) La influencia de las peritajes psicológicas en la determinación de la culpabilidad e imposición de la pena en materia penal juvenil. Trabajo del curso de Psicología Criminal. Maestría de Ciencias Penales, Universidad de Costa Rica, 2000, p. 27.

98 “El hombre (el ser humano) y el ambiente simbólico: “ El hombre vive tanto en un ambiente social como en uno físico, y puede ser estimulado a actuar ya sea por símbolos o por estímulos físicos. Un símbolo se define como un estímulo que tiene una significación aprendida y un valor, y la respuesta del hombre (ser humano) al símbolo es más función del significado y del valor de este que de este que de la estimulación física de los órganos sensitivos. El significado del símbolo es equivalente a la definición dada por el diccionario relativa a la manera según la cual las gentes utilizan el término en su comportamiento; el valor es la repulsión o la atracción que las gentes sienten respecto del significado. Casi todos los símbolos son aprendidos por los hombres (los seres humanos) mediante la comunicación (interacción) con otros. Por eso, los símbolos tienen significados o valores comunes compartidos por los miembros de la sociedad. Todo ello es posible gracias a la capacidad simbólica del hombre (ser humano), que le es peculiar porque es el único ser que tiene un órgano vocal complejo y un sistema nervioso tal que le permite acumular los significados y los valores de un gran número de símbolos. Las características anatómicas y fisiológicas le permiten vivir en un mundo tan simbólico como físico”. - El segundo principio: Los seres humanos y su capacidad simbólica: “El segundo supuesto se basa en la idea de que el hombre (ser humano) tiene la capacidad de estimular a sus semejantes de maneras diferente a aquéllas mediante las cuales él mismo es estimulado. Es decir, que el hombre (ser humano) puede hacer que otro evoque significados o valores que quizás él mismo no acepta. [...]. En este proceso, se introducen los símbolos significantes “[...] en la comunicación por símbolos significantes el comunicador no determina el comportamiento del otro, solamente influye sobre él, pues el receptor agrega algo de significado y de valor al gesto o al sonido recibido. En consecuencia la comunicación simbólica es un proceso social a cuyo contenido el comunicador y el receptor contribuyen juntos”. La comunicación simbólica y el aprendizaje: “El tercer supuesto es este: por medio de la comunicación simbólica el hombre (ser humano) aprende una gran cantidad de significados y de valores, y por consiguiente, de manera de actuar, de otros hombres (seres humanos). Es así que se puede suponer que la mayor parte del comportamiento [...] es aprendida. El comportamiento se aprende más a través de la comunicación simbólica que por “ ensayo- error”. En otros términos, hay una cultura (un conjunto de significados y de valores) compartida por los miembros de la sociedad y que guía el comportamiento individual”. -El individuo, el rol y la estructura: “Los símbolos, y los significados y los valores a los cuales ellos se refieren, no tienen lugar únicamente en el seno de pequeñas unidades, sino que a menudo se encuentran en conjuntos, a veces grandes y complejos. El término rol es entonces un conjunto de significados y de valores, unidos los unos a los otros, que guía y dirige el comportamiento individual en una situación social dada (el rol de médico, de colega, de amigo, etc.): el término estructura es un conjunto de valores y de significados que gobierna una situación social dada, y que comprende todas las relaciones entre los roles individuales, y que son partes esperadas de la estructura. Las estructuras pueden ser pequeñas o grandes, temporales o permanentes. Por ejemplo, un comité, o incluso una sociedad o un estado”.

- El último principio es el pensamiento: “El pensamiento es el proceso mediante el cual posibles soluciones simbólicas y otros cursos futuros de la acción son examinados y pesados según sus ventajas y desventajas relativas apreciadas de acuerdo con los valores del sujeto, y una de ellas es escogida para la acción. Según Rose, el pensamiento es un proceso simbólico que permite al hombre (al ser humano) ubicarse imaginariamente frente al futuro y hacer ensayos imaginarios sobre posibles soluciones [...]”. Estos principios desarrollados “analíticamente” han sido explicados desde el “modo lineal”, partiendo de la socialización de los seres humanos. Podemos resumirlos del siguiente modo:

- Los seres humanos y la cultura: “La sociedad (una red de individuos que interactúan) con su cultura (los significados y los valores adjuntos por los cuáles los individuos interactúan) precede a todo individuo que exista. El hombre (ser humano) no adquiere su verdadera calidad humana más que dentro de la sociedad; desde que nace, debe aprender los comportamientos esperados por la sociedad y adaptarse a ella. Sin embargo, los lazos entre el individuo y su cultura no llegan a constituir un verdadero determinismo cultural absoluto, porque a. una parte de la interacción entre los individuos se desarrolla a un nivel no cultural, al nivel de signos naturales, de suerte que una parte del comportamiento aprendido es universalmente humano y no específico a ninguna cultura. b.c. [...] d. los significados culturales, al contrario de los valores, indican la posibilidad de comportamiento, y no presiones o exigencias. e. a menudo la cultura no es internamente consistente, y el individuo puede desplazarse de una cultura o de una subcultura a otra, lo cual crea expectativas culturales conflictivas para el sujeto. Ello resulta en que el individuo tenga la posibilidad de escoger entre modelos de comportamiento conflictivos y que pueda también definir nuevas soluciones extraídas de la variación de antiguos modelos; f. ello significa también que cada vez que el individuo encuentra dificultades para conformarse a las expectativas culturales, puede innovar dentro de los límites de la tolerancia cultural [...].

- La socialización: El proceso de socialización ha sido explicado en tres fases: “ a) la primera fase es la del aprendizaje sicogénico, que no se diferencia de los procesos de aprendizaje de otros animales, tal como el condicionamiento o el “ensayo-error”, de modo que el niño (niña) deviene “habitado” a una cierta secuencia de comportamiento y de acontecimientos. b) en la segunda fase, el niño (niña) de

(continúa en la siguiente página)

sometida al proceso y sentenciado, en su calidad de receptor, le agregue algo de significado y de valor al “acto” realizado y, a través del pensamiento, busque otras soluciones simbólicas y ante otros “cursos futuros de acción”. Es luego de este proceso, que la ejecución de la condena se constituye en una guía para que el sujeto adapte su comportamiento a esa nueva “significación”, o renuncie a la misma, defendiendo su individualidad⁹⁹.

En cuanto al objetivo de la pena, siguiendo con lo dispuesto en el artículo 51 del Código penal se apuesta a un fin rehabilitador. Al respecto, la Sala Constitucional considera que esta

[...] concepción en relación con los fines de la pena, es una doctrina preventista

y antirretributista, fundamentada en el respeto de los Derechos Humanos, en la resocialización de los delincuentes, que rechaza la idea del Derecho Penal represivo, el que debe ser remplazado por sistemas preventivos, y por intervenciones educativas y rehabilitadoras de los internos, postulando una intervención para cada persona, la pena debe ser individualizada, dentro de los extremos fijados por el legislador, tomando en consideración ciertas circunstancias personales del sujeto activo (artículo 71 del Código Penal)¹⁰⁰.

Dentro de esta corriente rehabilitadora, se estima que el sentenciado tiene derecho al trabajo¹⁰¹, pero lo visualiza dentro de un fin

(nota 98, viene de la página anterior)

por símbolos. El significado simbólico de los gestos y de las palabras se aprende en la interacción con otros sujetos ya socializados. c) a partir de ahí, el niño (niña) continúa aprendiendo nuevos significados y valores a través de la comunicación puramente simbólica, mediante la analogía o la combinación de significados anteriores. A medida que su vocabulario aumenta, el niño (niña) es capaz de aprender con una rapidez creciente; es así que la cantidad de lo aprendido puede aumentar a lo largo de toda su vida, aunque típicamente el niño (niña) llega a un nivel de socialización más allá del cual no hay más que aprender, a menos que se desplace a otra cultura o subcultura. [...]

- Las subculturas: “La socialización no tiene lugar solamente en la cultura general, sino también en varias subculturas. Puesto que la sociedad no es completamente homogénea, hay grupos que tienen sus propias subculturas en las cuales el individuo es socializado”.

- La socialización y la imposibilidad de olvidar: “El cuarto supuesto establece que aunque en los antiguos grupos las expectativas culturales o los significados pueden dejarse de lado, en el sentido de que caen más debajo de la escala relacional, sin embargo no se pierden ni se olvidan. Según la teoría simbólica interaccionista, el hombre (ser humano) no olvida jamás, y la memoria es una integración de significados y valores adquiridos o preexistentes. Eso importa que el hombre (ser humano) es el resultado de su propia vida, de toda su experiencia, social o individual, directa o adquirida por medio de la comunicación con otros seres humanos”. Lo inserto entre paréntesis no es del original. Cfr. Arnold M. Rose citado por Castillo (Enrique). En: Becker y Chapman, criminólogos interaccionistas. El interaccionismo simbólico visto en dos de sus representantes. Naciones Unidas, Universidad de Costa Rica, pp. 11 a 18, y Campos (Mayra). La influencia de las peritaciones psicológicas en la determinación de la culpabilidad e imposición de la pena en materia penal juvenil. Óp. cit., pp. 19 y ss.

99 Campos Zúñiga (Mayra). La influencia de las peritaciones psicológicas en la determinación de la culpabilidad e imposición de la pena en materia penal juvenil. Óp. cit., p. 37.

100 Ibíd.

101 Sobre el trabajo penitenciario, la Sala Constitucional “[...] ha dicho en forma reiterada, tiene una finalidad primordial reformadora y correctiva, a la que se añade la finalidad económica. Es quizás el medio más eficaz para una posible rehabilitación de interno y preparación para su regreso a la vida social, que no ha de concebirse como un elemento de aflicción, sino como un importante factor de reeducación y reforma; el recluso que al ser puesto en libertad conoce un oficio o una profesión que le permita ganarse la vida, posee mejores probabilidades para no recaer en el delito. El trabajo penitenciario debe aspirar, de modo primordial, a la formación profesional del recluso, además es un factor importante en la disciplina: la ociosidad en gran escala es causa del delito; muchos motines y agitaciones se originan en la desocupación de los internos. De este modo, el trabajo contrarresta la influencia nociva de la vida monótona y artificial de los establecimientos penales y atenúa el sufrimiento causado por la reclusión, y es factor de salud física y moral”. “El amparo que se solicita debe ser rechazado de plano, en primer término porque el régimen laboral que autorizan el artículo 55 del Código Penal y los reglamentos penitenciarios, no es equivalente al trabajo de que disfrutaban los demás ciudadanos, en virtud de que este es un incentivo con fines de readaptación únicamente, que no reúne los requisitos que exige el Código de Trabajo para tener por existente una relación laboral; de tal forma que una vez cumplida la pena, no se puede exigir al sistema penitenciario, ni a las empresas que con ella colaboran, continuidad en el trabajo o indemnización por terminación de la relación, al haber concluido ya el “tratamiento” del interno.”

pedagógico y, por ello, niega la existencia de la relación laboral¹⁰². Si bien es cierto, el tema del trabajo no ha sido analizado dentro del derecho penal juvenil, la concepción expuesta por la Sala Constitucional concuerda con la finalidad pedagógica establecida en la ley. Por estos motivos, se debe resaltar la importancia de este aspecto.

VI. CONCLUSIÓN

Según se ha venido exponiendo, el derecho penal juvenil es una disciplina relativamente reciente. Se consolida con la promulgación de la Convención de los Derechos del Niño, y poco a poco, se ha ido desarrollando en nuestro país. Su estructura filosófica y política se asienta sobre la base del respeto de los

derechos fundamentales de las personas menores de edad. Se abandona el viejo esquema asistencialista denominado “doctrina de la situación irregular”, en donde la persona menor de edad era observada como un objeto de protección y carecía de cualquier derecho.

En lo que a la justicia penal se refiere, se confundían los conceptos de riesgo social con hechos delictivos. Por ello, era frecuente que se sostuviera que operaba una criminalización de la pobreza. No existían límites a la intervención del juzgador, lo que daba como consecuencia, resultados disímiles ante situaciones semejantes. Frente a esa problemática basada fundamentalmente en la Convención señalada, surge en nuestro país la Ley de Justicia Penal Juvenil, en

102 Precisamente sobre este tema del trabajo y su negación a la existencia de una verdadera relación laboral, se planteó una consulta a la Sala, que resolvió que “[...] cabe preguntarse si será legítima la distinción en el trato y regulación al que es sometido el trabajo penitenciario en vista de que -tal y como se afirma por parte del consultante y de la Procuraduría- no se diferencia sustancialmente del que realizan los demás trabajadores. Al respecto, debe tomarse en cuenta que esta Sala mediante una abundante jurisprudencia ha establecido que la característica principal del artículo 33 de la Constitución Política es la de garantizar a todos los ciudadanos un trato equivalente cuando las circunstancias sean similares; debe agregarse, sin embargo, que no habría realmente protección alguna si se admitiera que cualquier característica puede ser válidamente utilizada para fundar una distinción, porque, en tal caso, no existiría posibilidad de decretar la inconstitucionalidad de ninguna discriminación, ya que bastaría comprobar que esta se basa en algún carácter diferenciador real y existente (cualquiera que este sea) para que la distinción fuera válida. Por ello, cuando se plantea un problema de igualdad o discriminación, ha de analizarse el mérito de la actuación, en el sentido de verificar si tal diferenciación resulta válida (por necesaria y razonable, en el sentido de que ella se deriva o asienta en circunstancias esenciales y no meramente accidentales), así como proporcionada, en tanto que estrictamente adecuada al fin perseguido (en el sentido de que el tipo y grado de la diferenciación responden fielmente a lo que se pretende con ella). En el caso en estudio resulta ocioso atender a la forma o modalidad en que puede llegar a realizarse la labor, por cuanto salta a la vista que no son esas las características en las que el legislador basó su diferenciación. Más bien, el enfoque se centra en uno de los sujetos de la relación: el interno empleado, quien por especiales circunstancias tiene una posición especial dentro del más amplio grupo que compone idealmente el sector de la oferta en el mercado de mano de obra; se trata en primer término de personas que, desde una perspectiva práctica, no están acuciadas por la necesidad de trabajar para poder comer o para tener donde alojarse, como sí ocurre con los llamados trabajadores libres, a quienes nadie les provee ningún tipo de alojamiento ni comida -por paupérrima que sea-, sino que deben procurárselo por sus propios medios. Y no se trata de una diferencia alambicada e irrelevante, si justamente en el reconocimiento de la existencia de esta última condición de necesidad en las masas de trabajadores, -históricamente en desventaja frente a los dueños de los medios de producción, a quienes deben alquilar su fuerza de trabajo por ser su única riqueza- se funda el desarrollo del derecho laboral y el reconocimiento a nivel constitucional de ciertas garantías mínimas e irrenunciables para los trabajadores, ello con el fin de prevenir los abusos que puedan darse y lograr que dichas personas obtengan un mínimo de condiciones que les permitan mantener su dignidad y proteger y mejorar su condición de seres humanos. Se suma a lo anterior, que al empleado interno no se le provee trabajo, por parte de las autoridades penitenciarias, por una primaria razón de sobrevivencia, sino porque tal actividad incontestablemente es de primera importancia en su rehabilitación para la vida en sociedad, cuestión que es vital no solo desde un punto de vista de su beneficio particular, sino también para la sociedad a la que le interesa que sus miembros sean útiles a la vez que logran su realización como personas. Desde esa perspectiva, el principal motivo para integrarlo a la actividad laboral por parte de la Administración es otro, y aunque comparte con los trabajadores libres su preocupación por una familia a quien debe auxiliar, lo cierto es que la razón que motiva su ofrecimiento dentro del mercado de trabajo es cualitativamente distinta a la de los trabajadores libres. En efecto, el papel que el trabajo juega en el tratamiento rehabilitador de los reos es de la mayor importancia, por tratarse de una actividad formadora de hábitos y a la vez productora de actitudes positivas hacia las personas por parte de la comunidad, lo cual resultará primordial en el momento de la reinserción del interno en la vida extracarceraria. Esto significa que, si bien las condiciones en que se desarrolla el trabajo del interno deben tratar de asemejarse de la mayor manera a las que hallará fuera del lugar de detención, no deben ellas nunca llegar a ser dañosas para el logro del objetivo que se persigue con ese tratamiento que se está llevando a cabo y que -desde cierta óptica- resulta ser un aprendizaje para el interno. En otros términos, si lo que se pretende primordialmente con el trabajo de internos es llevar adelante un tratamiento rehabilitador, un aprendizaje de hábitos y conductas socialmente aceptables -como son las que se originan de la ejecución de un trabajo-, así como evitar el deterioro que produce el ocio de una vida de encierro, este objetivo y su consecución es lo que debe privar al estructurar y revisar las relaciones jurídicas nacidas del trabajo de los internos, pues no debe perderse de vista

(continúa en la siguiente página)

donde se produce un giro de ciento ochenta grados en la concepción de la niñez y de la adolescencia¹⁰³.

Se establece la edad de doce años como límite para la responsabilidad penal. Por debajo de ella, se considera que el menor no tiene la capacidad de culpabilidad, pero además, se dispone la aplicación de la ley, dependiendo del grupo etario al que pertenece. De esta forma, se fijan dos grupos: el primero de los doce a los quince, y el segundo de los quince a los dieciocho años.

Esta ley, que entró en vigencia en 1996, se basa en la doctrina de la protección integral. En ella, la persona menor de edad es vista, no como un objeto de protección, sino como un sujeto con derechos y obligaciones, como cualquier otro miembro del grupo social. Dentro de esta filosofía, se enmarca el derecho penal juvenil, con sus características, sus principios y autonomía propia. Precisamente por tratarse de seres en formación, los fines de la pena tienen una connotación especial en esta materia. Tanto es así que la misma Ley de Justicia Penal juvenil, le atribuye una finalidad pedagógica a la sanción penal, finalidad que nosotros hemos extendido a todo el proceso penal juvenil.

Por tratarse de una materia distinta al derecho penal de adultos, y conforme a los convenios internacionales suscritos por Costa Rica, se requiere de una jurisdicción especializada, la cual funciona parcialmente¹⁰⁴ en la fase del juzgamiento.

Asimismo, se ha venido aplicando la fase de ejecución, de acuerdo con las normas correspondientes que se encuentran en la Ley de Justicia Penal Juvenil y que, además, regulan de mejor forma que el Código Procesal Penal en materia de adultos. Sin embargo, siempre quedan importantes lagunas que repercuten negativamente en los derechos de los sentenciados. Precisamente, esos vacíos son los que vienen a llenar la Ley de Ejecución de la Sanciones Penales Juveniles.

Se trata de un moderno proyecto que, inspirado en los convenios e instrumentos internacionales, desarrolla de manera democrática, la fase de ejecución de la sentencia.

Se busca un balance entre los objetivos que el Estado pretende con la sanción penal juvenil, el fin pedagógico de la pena, el interés superior de la persona menor, y el respeto por el debido proceso y los derechos fundamentales de los privados de libertad.

(nota 102, viene de la página anterior)

que la asimilación al trabajo libre es necesaria pero siempre que no suponga abdicar de las metas penitenciarias que se pretenden alcanzar con el trabajo de los internos, y de que no se vaya en detrimento de ellas; y no le cabe duda a esta sede que los fines recién expuesto, se verían seriamente obstaculizados si se promoviera una similitud absoluta en el trato de los empleados internos frente a los empleados libres, no solamente por los problemas administrativos y financieros que ello indudablemente provocaría, sino también por la distinta actitud que indudablemente habrían de tomar los patronos ante una oferta de mano de obra compuesta por internos que fuera indistinguible de la de otras personas. Esto lleva a entender que la distinción practicada por el legislador resulta razonable porque atiende a características diferenciadoras centradas en aspectos esenciales, y se justifica porque promueve la distinción con el fin de que el trato se ajuste a la disparidad de objetivos. En otras palabras, no hay violación del principio de igualdad en la opción adoptada por el Poder Legislativo de desatender a unos criterios de comparación para acentuar otros -de rango esencial- como base para la calificación de desiguales que sustenta la diferenciación de la relación entre los empleados internos y sus empleadores, con respecto de las que se originan entre patronos y trabajadores libres". Sala Constitucional. Voto n.º 5084-96 de las once horas, del veintisiete de setiembre de mil novecientos noventa y seis.

103 "El modelo de responsabilidad penal juvenil de Costa Rica tiene la virtud de haber contribuido a dirimir de manera bastante clara un antiguo conflicto conceptual y jurídico, que arrastraban las viejas doctrinas jurídicas y sociales sobre la niñez y la adolescencia. Nos referimos a la Doctrina de la Situación Irregular, la cual colapsó en el plano operativo y conceptual, debido a la ineficacia de sus instituciones y a sus limitaciones teóricas". Laakkonem (Heimo). Presentación del libro "De la arbitrariedad a la justicia". Óp. cit., p.11.

104 Indicamos que parcialmente por cuanto solo en el Área Metropolitana funciona un juzgado exclusivo para la materia penal juvenil, y en el resto del país le corresponde conocer a los juzgados de familia. Esta situación genera muchos problemas ya que los jueces de familia están acostumbrados al proceso escrito y formal propio de la materia. En consecuencia, les resulta difícil aplicar el proceso oral y los principios que los constituyen o facilitan.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Arias Gómez (Ana Catalina) y Chaves Redondo (Adriana). Sanciones principales de la Ley de Justicia Penal Juvenil. Tesis para optar por el grado de Licenciadas en Derecho. Universidad de Costa Rica, 1999.

Armijo (Gilberth). Manual de derecho procesal penal juvenil. San José: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UCR. 1° edición, 1998.

Arroyo (José Manuel). Ejecución de las sanciones en justicia penal juvenil. En: De la arbitrariedad a la justicia: adolescencia y responsabilidad penal en Costa Rica. San José, Unicef, 1° edición, 2000.

La ejecución penal. En: Reflexiones al nuevo Código Procesal Penal. San José, Colegio de Abogados de Costa Rica. Asociación de Ciencias Penales, Editorial Colegio de Abogados, 2° edición, 1997.

Bachs Estany (Josep M.). El control judicial de la ejecución de penas en nuestro entorno cultural. En: Cárcel y derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos. Barcelona: José María Bosch, Editor, S.A. 1992.

Balaguer Santamaría (Javier). Derechos humanos y privación de la libertad: En particular: dignidad, derecho a la vida y prohibición de torturas. En: Cárcel y Derechos Humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos. Barcelona: José María Bosch editor, S.A, 1992.

Beccaria (Cesare). De los delitos y las penas. España: Alianza Editorial, 1968.

Bereinstain (Antonio). La pena, retribución y las actuales concepciones criminológicas. Buenos Aires: Depalma, 1982.

Bogantes Rodríguez (Mónica) y Oquendo Murillo (Ingrid). Examen del cumplimiento de los derechos fundamentales en el centro penal la Reforma. Tesis para optar por el grado de Licenciadas en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1998.

Bustos Ramírez (Juan). Perspectivas de un derecho penal del niño. Nueva doctrina penal. Buenos Aires, Editores del Puerto SRL, 1997.

Campos Zúñiga (Mayra). Explotación sexual infantojuvenil en Costa Rica: La ruptura del nivel de tolerancia en la normativa punitiva. San José, 1999, inédito.

Política Criminal en la Materia Penal Juvenil: Aspectos sustantivos o de derecho material. En: Cuatro Temas Sobre Política Criminal.

Campos Zúñiga (Mayra), Rivera (Lilliana) y Cedeño (Gustavo). Análisis de las propuestas legislativas en materia de ejecución y sanciones penales. Trabajo de Maestría, curso Derecho Penitenciario. 2000.

La influencia de las peritaciones psicológicas en la determinación de la culpabilidad e imposición de la pena en materia penal juvenil. Trabajo del curso de Psicología Criminal, Maestría de Ciencias Penales, 2000.

Carranza (Elías). Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina y el caribe. Buenos Aires, Depalma, 1992.

Castillo (Enrique). En: Becker y Chapman, crminólogos Interaccionistas. El interaccionismo simbólico visto en dos de sus representantes. Naciones Unidas, Universidad de Costa Rica.

Cezón González (C.). Normativa procesal de los jueces de vigilancia penitenciaria. Recursos contra las resoluciones de los jueces de vigilancia. En: Vigilancia Penitenciaria (VIII reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria). Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994.

Cruz Castro (Fernando). El objetivo resocializador en los orígenes de la prisión. Primeros sistemas penitenciarios. Revista Judicial, Costa Rica, año XIV, n.º 48, diciembre de 1989.

De la Rúa (Fernando). El recurso de casación. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, editor, 1968.
Ferrajoli (Luigi). Derecho y Razón. Madrid, Editorial Trotta, 1995.

Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales. Revista de Ciencias Penales, n.º 5, MARZO-JUNIO, 1992.

Foucault (Michael). Vigilar y castigar. México: Editorial Siglo veintiuno, 1976.

Gomes Da Costa (Antonio Carlos). Pedagogía y justicia. En: Infancia, ley y democracia en América Latina. Santa Fe de Bogotá. Editorial Temis, S.A., 1998.

González Álvarez (Daniel). Delincuencia juvenil y seguridad ciudadana. Revista de Ciencias Penales, Costa Rica, n.º 13, 1997.

González Álvarez (Daniel). La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal. Revista de Ciencias Penales, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, año 8, n.º 11, julio de 1996.

González Cano (María Isabel). Perspectivas de futuro sobre el juez de vigilancia penitenciaria y la ejecución de la pena privativa de libertad: aproximación al proyecto de ley orgánica reguladora del procedimiento ante los juzgados de vigilancia penitenciaria. Revista del Poder Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 3º época, número 49, 1998.

Granados Chaverri (Mónica). Informes del Grupo de Investigación de Costa Rica, Infancia, Adolescencia y Control Social. San José: Grupo de Investigación de Costa Rica.

Guerrero Mata (Xinia), Santamaría Jiménez (Esthela). Protección y respeto de los derechos humanos a los privados de libertad: implicaciones que conlleva la pena privativa de libertad al principio de dignidad humana. Tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 1999.

Hernández Valle (Rubén). Constitución Política de Costa Rica. San José: Editorial Juricentro, 1998.

Hernández Valle (Rubén). El derecho de la Constitución. Volumen II, 1ª edición. San José, Editorial Juricentro, 1994.

Luzón Peña (Diego Manuel). Política criminal y reforma del derecho penal. Antonomías penales y medición de la Pena, 1985.

Llobet (Javier), Tiffer Sotomayor (Carlos). La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica. UNICEF, ILANUD, Unión Europea, 1999.

Mapelli Caffarena (Borja). Ejecución y proceso penal. Revista de Ciencias Penales, San José, n.º15, año 10, diciembre de 1998.

Miralles (Teresa). El control formal de la cárcel. En: El pensamiento criminológico II: Estado y control. España: Ediciones Península, 1983.

Mora Mora (Luis Paulino) y Navarro (Sonia). Constitución y derecho penal. San José: Escuela Judicial, Corte Suprema de Justicia, 1995.

Rivera Beiras (Iñaki). La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría. Barcelona: José María Bosch, Editor, 1997.

Rodríguez Saez (José Antonio). El derecho de defensa y de asistencia letrada en la fase de ejecución de las penas privativas de libertad. Un análisis del deber ser. 1998.

Secretaría General de los Estados Americanos. Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, febrero de 1999.

Seda (Edson). El interés superior del adolescente y los derechos de las víctimas. En: Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica: lecciones aprendidas. 1ª edición, San José, Costa Rica, Unicef, 2000.

Soto Cervantes (Juan José). Un análisis y aproximación histórica a la posible finalidad de la pena entre los años de 1940 a 1970 en Costa Rica. Trabajo de Maestría, curso de Derecho Penitenciario, 2000.

Taller: Perspectiva de la ejecución de sanciones penales juveniles. Memoria. 2000.

Tiffer Sotomayor (Carlos). Nueva Ley de Justicia Penal Juvenil: jóvenes y adolescentes sujetos de derechos y responsabilidades. San José, (sin año).

Llobet (Javier). La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica: con jurisprudencia nacional. San José, Costa Rica, Unicef, Ilanud, 1999.

De un derecho tutelar a un derecho penal mínimo/garantista: La nueva ley de Justicia Penal Juvenil. Revista de Ciencias Penales, n.º 13, agosto de 1997.

Unicef Habitat. Adolescencia, derechos de la niñez y pobreza urbana en Costa Rica. 2ª edición, San José, Costa Rica, 1997.

Vargas Rojas (Omar) y Campos Zúñiga (Mayra). Derechos humanos de las personas menores de edad en el ordenamiento jurídico costarricense: el papel del Ministerio Público. San José, Costa Rica, 2000. (En proceso de publicación).

Velásquez Velásquez (Fernando). Derecho Penal. Parte General. Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis S.A., 1994.

Viquez Jiménez (Mario). Conferencia presentada en el XXII Congreso Interamericano de Psicología, San José, Costa Rica, julio de 1991.

Zaffaroni (Eugenio Raúl). La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo. Material mimeografiado de una conferencia del autor en San José, mayo de 1990.

Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Informe final). Buenos Aires: Depalma, 1986.

Los objetivos del Sistema Penitenciario y las normas constitucionales. En: Jornadas sobre sistemas penitenciarios y derechos humanos. Buenos Aires, Editores del Puerto, S.R.L., 1997.



Poder Judicial
Departamento de Artes Gráficas
B. 32150