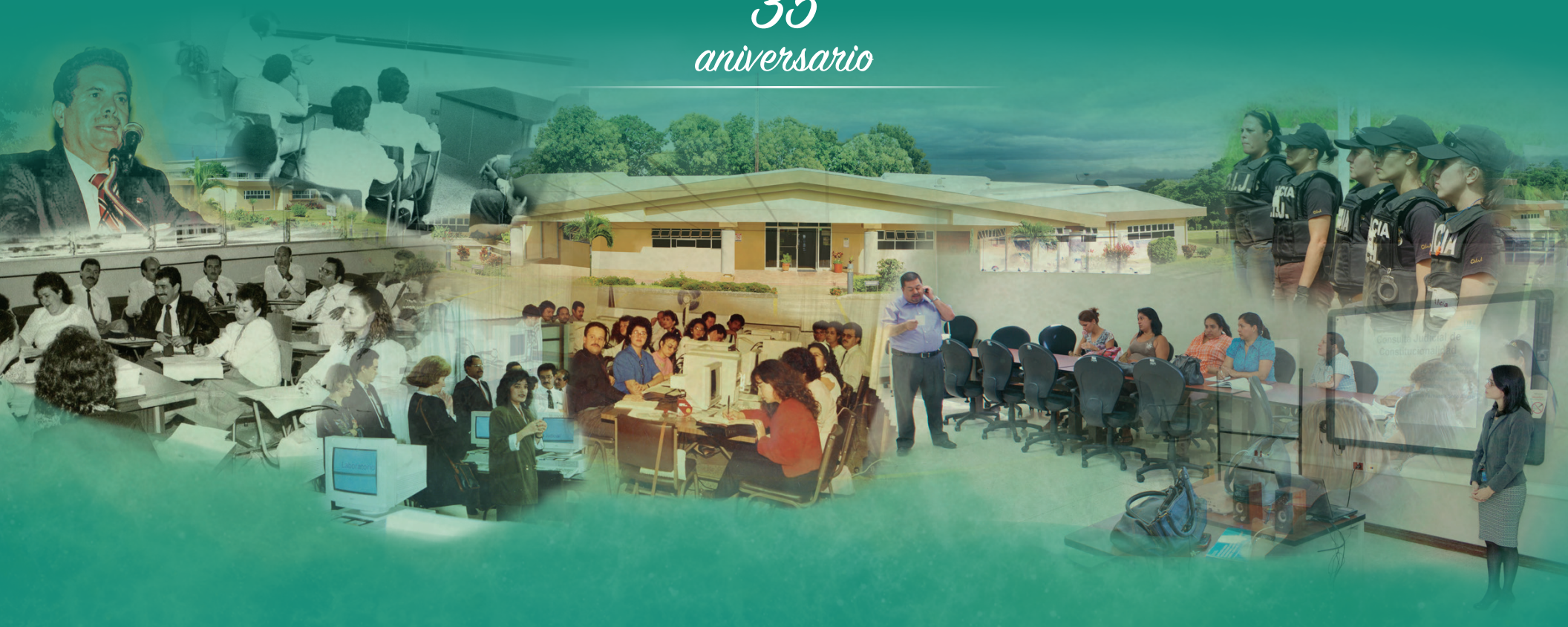
Revista Nº 11

Escuela Judicial

Lic. Édgar Cervantes Villalta

35 aniversario



REVISTA ESCUELA JUDICIAL Nº11

Directora Escuela Judicial: M.Sc. Ileana Guillén Rodríguez

Subdirectora a.i. Escuela Judicial: Licda. Kattia Escalante Barboza

Coordinador de la publicación: Lic. Román Bresciani Quirós

Coordinadora del Área de Servicios Técnicos, Escuela Judicial: M.B.A. Magdalena Aguilar Álvarez

Diseño gráfico, diseño de portada, diagramación y acabado final:

Lic. Raúl Esteban Barrantes Castillo

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

El contenido de la obra es responsabilidad de su autor u autora y no necesariamente reflejan la opinión de la Directora o de la Escuela Judicial

Hecho el depósito de ley

Derechos reservados

ISSN:1409-4347

ADVERTENCIA

En conformidad con la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, se prohíbe la reproducción, transmisión, grabación, filmación total o parcial del contenido de esta publicación mediante cualquier sistema de reproducción, incluido el fotocopiado.

La violación a esta ley por parte de persona física o jurídica, será sancionada penalmente.

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

CONSEJO EDITORIAL DE LA ESCUELA JUDICIAL

Licda. Ileana Guillén Rodríguez	Directora Escuela Judicial
Licda. Kattia Escalante Barboza	Subdirectora a.i. Escuela Judicial
Dr. Juan Carlos Segura Solís	Juez, Tribunal de Trabajo, Integrante del Consejo Directivo
Dra. Sandra Zúñiga Morales	Jueza, Tribunal de Apelaciones de Sentencia II Circuito San José
M.Sc. Raymond Porter Aguilar	Juez y facilitador de la Escuela Judicial
M.Sc. Xinia Fernández Vargas	Secretaría de Género
Dr. Diego Benavides Santos	Docente universitario y juez de familia
M.BA. Magdalena Aguilar Álvarez	Jefa, Área Servicios Técnicos-Escuela Judicial
Dr. Álvaro Hernández Aguilar	Juez del Tribunal Primero Civil

ESCUELA JUDICIAL

Lic. Édgar Cervantes Villalta

Teléfono: 2267-1541 – 2267-1540

Fax: 2267-1542

Apartado: 285-3007, San Joaquín de Flores, Heredia

Dirección electrónica: www.escuelajudicial.go.cr

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

2016

índice

- Análisis de la responsabilidad civil de los centros comerciales, en relaciones de consumo, con base en la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia - *Roberto Carmiol* 4
- La solución jurídica y social a las crisis empresariales, mediante la aplicación del convenio preventivo en el juzgado concursal durante el período 2010-2011 - *Nydia Durán Oviedo* 25
- El maltrato animal: manifestación de violencia social y su impacto en el entorno familiar y la realidad socio-jurídica costarricense - *Diana Fernández* 45
- La responsabilidad “culposa” del juez y de la jueza y la independencia judicial - *Mario de Jesús Jiménez Aguilar* 55
- la tutela judicial de derechos fundamentales por vía de amparo en la jurisdicción contenciosa administrativa - *Ricardo Ant. Madrigal Jiménez* 72
- “Autoridad parental o patria potestad”. necesidad de un cambio terminológico con una visión de derechos humanos: hacia una “responsabilidad parental” como función social - *Liana Mata Méndez* 116
- La subjetividad de la jueza y del juez - *Elizabeth Montero Mena* 139
- Ensayo argumentativo “derecho a la autodeterminación en el ejercicio de la sexualidad adolescente” análisis del fenómeno socio-jurídico desde la metodología de Alda Facio - *Alejandra Picado Ortega - Sinia Marioth Rivera Cabrera* 143

ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS CENTROS COMERCIALES, EN RELACIONES DE CONSUMO, CON BASE EN LA JURISPRUDENCIA DE NUESTROS TRIBUNALES DE JUSTICIA

Roberto Carmiol

ABSTRACT

This article intends to analize the objective responsability of comercial centers, its elements, the burden of proof, exoneration cases, prescription of responsability an differences with subjective responsability. This analysis will be shared with jurisprudence issued by our Courts

Keywords: Civil responsability/ commercial center/ consumption/ burden of proof/ elements/exoneration causes/ prescription/ jurisprudence.

RESUMEN

El presente artículo pretende analizar la responsabilidad objetiva de los centros comerciales, sus elementos, carga de la prueba, causas de exoneración y la prescripción en este tipo de responsabilidad, así como las diferencias con la responsabilidad subjetiva. Todo este análisis se comparará con la jurisprudencia emitida por nuestros tribunales.

Palabras clave: Responsabilidad civil/ centro comercial/ consumo/carga de la prueba/ elementos/ causas de exoneración/prescripción/jurisprudencia.

INTRODUCCIÓN

En nuestro país, en los últimos años, se ha experimentado un crecimiento desmedido en el consumo por parte de los sujetos que convivimos en esta sociedad. Esto ha motivado, como consecuencia de lo anterior, la construcción de múltiples centros comerciales. Estos sitios han producido muchísimas situaciones de riesgo que han generado daños a las personas consumidoras que visitan estos lugares.

El presente artículo pretende analizar la responsabilidad objetiva de los centros comerciales, sus elementos, carga de la prueba, causas de exoneración y la prescripción en este tipo de responsabilidad, así como las diferencias con la responsabilidad subjetiva. Se comparará todo este análisis con la jurisprudencia emitida por nuestros tribunales.

Aspectos generales de la responsabilidad civil

El derecho de la responsabilidad civil o derecho de daños, cuyo origen puede encontrarse en el derecho romano, ha ido, poco a poco, ganando terreno en el interés de los y las juristas y de la sociedad en general. Como tendencia mundial, aproximadamente, a partir de los años sesenta, lo que se llamaba tradicionalmente responsabilidad civil pasó de ser un simple subtema del derecho de obligaciones a ser una de las materias estrella del derecho privado.

En este orden de ideas, el derecho moderno se ha convertido en eco de la alarma que indica que ya no queda margen para que el ser humano continúe con un desarrollo irresponsable que atente contra el mismo derecho a la vida de las personas y del ser humano como especie.

La necesidad es cada vez más frecuente de valoraciones del daño personal y su correspondiente indemnización en las más diversas circunstancias dentro del campo de la actuación de la responsabilidad civil. La sociedad actual vive sometida a una fuente inagotable de peligros, riesgos y, por lo tanto, de hecho dañosos: la circulación de vehículos de motor; el desarrollo de muchas actividades profesionales que entrañan un riesgo (medicina, arquitectura, la construcción, el trabajo en la industria), bien por el riesgo que supone para los que las ejercen (construcción), o bien, por el riesgo que supone para aquellas personas en las que recaen sus servicios (medicina, circulación de vehículos a motor); la comisión de delitos donde se producen daños a la integridad de las personas; actividades deportivas de riesgos; los accidentes domésticos, etc.

Estos riesgos y otros han dado lugar a un aumento de los daños personales. Los accidentes de circulación, el medio laboral y los delitos contra las personas son los ámbitos en donde la litigiosidad sobre reclamación de indemnización es alta, y va en aumento progresivo. Por último y ante la alta creación de centros comerciales, se deben citar los daños que sufren quienes visitan los llamados *malls*.

El daño a la persona o daño corporal o daño a la salud se está convirtiendo en el gran tema del derecho de daños y, por ello, genera una copiosa bibliografía. La falta de normativa y un criterio jurisprudencial uniforme en el ámbito nacional que permita ajustar las indemnizaciones a parámetros razonables en las sentencias judiciales preocupa a todos los operadores del sistema (tribunales, profesionales en Derecho, aseguradoras, etc.).

Diariamente, la doctrina y la jurisprudencia manifiestan cómo en la valoración del daño a la persona el tema de la seguridad jurídica tiene una importancia evidente. Como consecuencia de una excesiva pluralidad de criterios o de una indeseable discrecionalidad judicial, la certeza del derecho puede padecer serios quebrantos. La necesidad de atender las especialidades o particularidades de cada caso concreto que requiere una cierta discrecionalidad en la apreciación por parte del órgano jurisdiccional de los daños que han de repararse no puede convertir el supuesto de hecho en una lotería que dependa de las ideas de la persona juzgadora al respecto.

Considero que solo la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y su artículo 35 no pueden brindar una seguridad y uniformidad, ante una situación riesgosa como lo es visitar un centro comercial, y es la jurisprudencia quien deberá brindar tal seguridad y sentar las bases de la responsabilidad aplicable.

Sobre la responsabilidad civil en general

En primer lugar, me parece importante definir qué es responsabilidad, la cual se define como: "*Obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado".* (Cabanellas de Torres Guillermo, 2001, p. 352). Y la complementamos con el concepto de responsabilidad civil: "*Obligación de reparar las consecuencias de un hecho dañoso".* (Goldstein, 2008, p. 494).

Tamayo (2009) señala que la responsabilidad civil engloba todos los comportamientos ilícitos que, por generar daño a terceros, hacen recaer en cabeza de quien lo causó la obligación de indemnizar. Puede decirse, entonces, que la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños producidos a terceros. Como se ha indicado, ese comportamiento ilícito consiste en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, el incumplimiento de las obligaciones legales o cuasicontractuales, el delito, el cuasidelito o la violación del deber general de prudencia.

Estas primeras definiciones nos dejan claro que el primer elemento de la responsabilidad es el daño y, si no está presente, torna ineficaz el estudio de esta, por más que exista una falla del servicio por parte del centro comercial. La razón de esto es simple: si una persona no ha sido dañada no tiene por qué ser favorecida con una condena que no correspondería, sino que iría a enriquecerla sin justa causa.

Responsabilidad contractual y extracontractual

Puede hablarse de dos formas principales de responsabilidad civil: contractual y extracontractual. La responsabilidad contractual se produce cuando existe una relación obligatoria previa entre dos o más partes, una de ellas incumple su prestación contractual y esto provoca daños a la(s) otra(s). Es importante hacer notar que el daño debe producirse, precisamente, por el incumplimiento contractual de la persona deudora y que la acreedora y la prestación ya estaban determinadas de antemano. Como por ejemplo, el daño que produce el inquilino que no paga el alquiler, o el que la persona vendedora ocasiona a la compradora al no proporcionarle el goce pacífico de la cosa vendida.

El fundamento legal de este tipo de responsabilidad se halla en el artículo 702 del Código Civil. Por su parte, en la responsabilidad extracontractual, la obligación resarcitoria nace entre personas que no se encontraban previamente vinculadas por un contrato o relación análoga. Aquí no se trata de la violación de una previa relación obligatoria, sino del genérico deber de no causar daño a otra persona. Es decir, las partes se conocen por medio del hecho dañoso: es el accidente de tránsito, la cosecha que se pierde por efecto de la contaminación producida en el río por los residuos tóxicos vertidos por una fábrica, el avión que cae sobre una vivienda o la intoxicación de cientos de personas consumidoras por la defectuosa fabricación de un determinado producto. En nuestro país, se regula en el artículo 1045 del Código Civil.

Responsabilidad civil extracontractual: subjetiva y objetiva

La responsabilidad extracontractual tiene dos formas: subjetiva y objetiva. “En la responsabilidad subjetiva, se requiere la presencia de tres elementos: la antijuridicidad, la culpabilidad y la causalidad entre conducta y daño. La responsabilidad por culpa (subjetiva) la imputación está relacionada con la culpabilidad, la que a su vez depende de la capacidad y el dolo o la culpa”. (Pérez, 2013, p. 580).

En relación con la responsabilidad objetiva, Villegas (1987) señala que este tipo de responsabilidad o teoría del riesgo es una fuente de obligaciones, en virtud de la cual, aquel que utiliza cosas peligrosas debe reparar los daños que cause, cuando haya procedido lícitamente. Este principio encierra una fuente de obligaciones distinta a la responsabilidad por culpa o dolo. En el caso de la responsabilidad objetiva, se parte de la hipótesis de que la fuente de obligaciones es el uso lícito de cosas peligrosas que, por el hecho de causar un daño, obliga a quien se sirve de ellas, que puede ser la persona propietaria, la usufructuaria, la arrendataria o la persona usuaria, en general, a reparar el daño causado.

Hablando de manera más concreta sobre la teoría de la responsabilidad objetiva, el citado autor indica que a esta se le ha dado el nombre de **teoría de la responsabilidad por el riesgo creado**, cuando reviste la modalidad de que el daño se origina por el ejercicio de una actividad peligrosa o por el empleo de cosas peligrosas que han hecho nacer un riesgo para las demás personas.

Elementos de la responsabilidad civil objetiva

Para el surgimiento de la responsabilidad civil objetiva, se requieren tres elementos: riesgo, un daño producido y el nexo causal. Es decir, no se toma en cuenta el elemento subjetivo de la culpa imputable al agente. Por ejemplo, en el caso de la sustracción de un vehículo de un centro comercial, puede verse cómo existe un bien o un servicio ofrecido por un comerciante –centro comercial que tiene locales comerciales donde se brinda el servicio de estacionamiento- (riesgo), un daño ocasionado a un consumidor -sustracción del vehículo del consumidor- y un nexo causal entre ambos -automotor estaba parqueado en el estacionamiento del centro comercial en el momento de la sustracción-.

Carga de la prueba en la responsabilidad objetiva

Desde el punto de vista práctico, la responsabilidad objetiva se resume en una ventaja a favor del lesionado que significa una parcial inversión de la carga de la prueba, en el sentido de que este queda exonerado de la carga de probar la culpa del causante del daño y el intento de este de probar su falta de culpa sería vano, a diferencia de lo que ocurre en los casos ya examinados de responsabilidad subjetiva.

De acuerdo con los resultados del Programa de Capacitación paraJueces de Centroamérica, imponer a la persona perjudicada la carga de probar no solo el defecto del producto o servicio, sino también que el producto tenía ese defecto cuando fue puesto en circulación, sería excesivo y podría conducir, en la práctica, indefensión de la víctima. Por ello, se invierte la carga de la prueba, y es el fabricante el que para exonerarse de responsabilidad deberá probar que el defecto no existía cuando puso el producto en circulación.

Causas de exoneración

En lo referente a las causas de exoneración de responsabilidad objetiva, la doctrina tradicionalmente ha establecido el caso fortuito o fuerza mayor y el hecho de un tercero, como criterios de extinción de la responsabilidad.

El artículo 35 de la Ley de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor no menciona expresamente cuáles son estas causales que liberan de responsabilidad, sin embargo habla de que "*[…] Sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño […]*".

Prescripción

La Ley 7472 no contempla plazos de prescripción. Existe un vacío relativo al plazo de prescripción para acudir a la vía judicial en defensa de los derechos de la persona consumidora. En materia de prescripción de responsabilidad objetiva, debe tener claro de que el plazo de prescripción es de cuatro años. Para ello, se puede citar la siguiente norma del Código de Comercio:

Artículo 984. Salvo lo expresamente dispuesto en otros capítulos de este Código, todo derecho y su correspondiente acción prescriben en cuatro años […]”.

La responsabilidad civil objetiva en el artículo 35 de la Ley 7472

Como vimos, el artículo 35 de la llamada Ley del Consumidor acoge la responsabilidad objetiva para aquellas situaciones donde el productor, proveedor y comerciante produzcan un daño en el bien o servicio que utilice una persona consumidora. Se dirige al amparo de los derechos del consumo de productos o servicios.

Su fundamento está en el amparo de las transacciones comerciales entre el empresario-comerciante y el comprador-consumidor. Tiene por objeto fundamental proteger a la parte más débil de la relación comercial, en cuyo caso, se considera que es el consumidor. Las normas contempladas en dicha ley rodean un concepto meramente subjetivo del consumidor.

Este artículo 35 es una de las formas de responsabilidad objetiva, pues es totalmente ajena a criterios de dolo o culpa y se basa en la creación de un riesgo que puede provocar un daño a terceros o sus bienes y cuyas consecuencias deben ser asumidas aun cuando provengan de una actuación lícita. Lo anterior se debe a que en la relación de consumo, los daños pueden llegarse a generar con dolo, culpa o sin ella, incluso ignorando tal situación (Alpízar, 2005, p. 320).

Quien elabora un producto o presta un servicio debe extremar las precauciones para que se utilicen o se lleven a cabo en las mejores condiciones posibles de seguridad, para evitar que ocasionen daños a terceros. De lo contrario, la responsabilidad por riesgo recae sobre la persona que se beneficia y lucra con la actividad. La obligación de seguridad es de resultado y tiene carácter objetivo, pues consiste en transmitir al adquirente del dominio de un producto apto para el uso o el consumo para el cual está destinado. (Gozaíni, 2005, p. 407).

Análisis jurisprudencial

Sobre esa distinción entre responsabilidad objetiva y subjetiva, la Sala Primera señaló lo siguiente:

[...] en lo que se refiere a la responsabilidad, se pueden ubicar dos grandes vertientes, una subjetiva, en la cual se requiere la concurrencia, y consecuente demostración, del dolo o culpa por parte del autor del hecho dañoso (v.gr., el cardinal 1045 del Código Civil), y otra objetiva, que se caracteriza, en lo esencial, por prescindir de dichos elementos, siendo la imputación del daño el eje central sobre el cual se erige el deber de reparar [...]. (Voto 001098-F-S1-2009, de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del veintidós de octubre de dos mil nueve).

Elementos de la responsabilidad civil objetiva (factor riesgo, daño y nexo causal)

Sobre el elemento factor riesgo, la Sala Primera señaló lo siguiente en el voto 116-F-S1-2012, de las nueve horas veinte minutos del dieciséis de febrero de dos mil doce:

[...] asimismo, del precepto de estudio se desprende, en segundo lugar, que el legislador fijó una serie de criterios de atribución con los cuales se puede imputar la responsabilidad objetiva que regula este cardinal, dentro de los que se encuentra la ya citada teoría del riesgo. Así, este sirve como factor para endilgarle la responsabilidad a los sujetos a que se hace referencia. En esencia, dicha teoría postula que, quien crea, ejerza o se aprovecha de una actividad lucrativa lícita que presenta elementos potencialmente peligrosos para los demás, debe también soportar sus inconvenientes (ubi emolumentum, ubi onus, el cual puede ser traducido como donde está el emolumento, está la carga). De la anterior afirmación se pueden colegir dos características: primero, que el riesgo proviene de una actividad de explotación; y segundo, al ser realizada por el ser humano, se excluyen los denominados hechos de la naturaleza. Concomitantemente, importa realizar algunas precisiones en cuanto a los riesgos aptos para la generación de la responsabilidad, ya que no todo riesgo implica su surgimiento, en forma automática. En la actualidad, la vida en sociedad ofrece un sinnúmero de riesgos, de distintos grados y alcances, al punto que puede afirmar que es imposible encontrar una actividad cotidiana que se halle exenta de ellos. En esta línea, la interpretación de las normas no puede partir de una aversión absoluta y

total al riesgo, el cual, como se indicó, forma parte integral de la convivencia societaria y de los avances tecnológicos que se le integran. Lo anterior conlleva a que, para el surgimiento del deber de reparación, el riesgo asociado con la actividad debe presentar un grado de anormalidad, esto es, que exceda el margen de tolerancia que resulta admisible de acuerdo con las reglas de la experiencia, lo cual debe ser analizado, de manera casuística, por el juez. El segundo punto que requiere algún tipo de comentario es en cuanto al sujeto que deviene obligado en virtud de una actividad considerada como peligrosa. Según se indicó, el criterio de imputación es, precisamente, el riesgo creado, lo que hace suponer que la persona a quien se le imputa el daño debe estar en una posición de dominio respecto de aquel, es decir, debe ser quien desarrolla la actividad o asume las posibles consecuencias negativas asociadas, recibiendo un beneficio de ello. Este podría ser directo, el cual puede identificarse, entre otros, con los ingresos o emolumentos obtenidos a título de contraprestación, o bien indirectos, cuando la situación de ventaja se da en forma refleja, que podría ser el caso de mecanismos alternos que tiendan a atraer a los consumidores, y en consecuencia, deriven en un provecho económico para su oferente. (Véase sentencia n.º 300-F-S1-09 de las 11 horas 25 minutos del 26 de marzo de 2009).

En un caso, un sujeto acudió a un restaurante de comida rápida en un *mall* y solicitó un combo que incluía una porción de ensalada verde de repollo, cuando, según él, en determinado momento, sintió un gran impacto en una de sus piezas dentales, producto de lo cual devolvió la comida que tenía en su boca en uno de los platos. Al hacer esto, constató que lo depositado en el plato no solo eran restos de ensalada, sino también una tuerca metálica y un pedazo de sus piezas dentales. Sobre el daño ocasionado a la persona, el Tribunal Segundo Civil, Sección Primera, señaló lo siguiente en el voto 268 de las ocho horas treinta minutos del veintidós de mayo de dos mil nueve:

[...] e*n cuanto a los daños a su salud, a través de la pericial del doctor Feinzaig Rosenstein se demostró que los sufridos a su dentadura pueden resarcir a través de la aplicación de una resina, cuyo precio máximo es de treinta y ocho mil colones y la utilización de una corona cuyo precio, de acuerdo con el peritaje ronda los cuatrocientos cincuenta dólares [...].*

Por ejemplo, en relación con resarcimiento del daño moral sufrido por un menor ante la caída en el área de juegos de un restaurante, la Sala Primera dispuso lo siguiente en el voto 000515-F-S1-2011:

En este aspecto, en la sentencia impugnada se da cuenta, de modo claro y preciso, de una serie de datos atinentes al comportamiento del niño, que reflejan repercusiones del accidente en su fuero interno: "[…] ya había dejado los pañales, pero por lo de la operación se le puso pañal, después de esto, él ya no coordinaba la retención, duró como un año en recuperarse. Él se ha hecho uraño [sic] en ocasiones reacciona de una forma brusca violenta no le gusta que lo dejen solo. En los primeros meses se metía debajo de la mesa a llorar, buscaba rincones se quedaba solo en el cuarto". Por supuesto, se produjo un daño psicológico que implica, sin duda alguna, dolor vivido y reflejo de sufrimiento del infante, por lo tanto, lesión moral indemnizable.

También, en un caso donde un consumidor solicitó el pago de daño moral, al encontrar restos de insecto en contenido de producto enlatado, el Tribunal Primero Civil señaló en el voto 45-F- de las ocho horas del veintiséis de enero de dos mil siete:

[...] s*e valora al efecto que en los supuestos de alimentos enlatados el consumidor tiene un mayor riesgo, pues estos alimentos están listos totalmente para su consumo. Si se presenta algún elemento nocivo en los alimentos, como es un insecto, hay un mayor riesgo para la salud de quien lo coma. En esas condiciones, la lesión es mayor, pues involucra tanto la salud personal, como la seguridad de los alimentos distribuidos en el mercado [...].*

Sobre el nexo causal, la Sala Primera resolvió en el voto 662-F-S1-2010 de las catorce horas veinte minutos del veintiséis de mayo de dos mil diez:

III.- Relación de causalidad. Esta Sala ha explicado el nexo entre el hecho desencadenante y el resultado dañoso, en el sentido de que: "La causalidad adecuada, como método jurídico para imputar un daño a una conducta, debe entenderse como aquella

vinculación entre estos elementos, cuando el primero se origine, si no necesariamente, al menos con una alta probabilidad, según las circunstancias específicas que influyan en la materia, de la segunda. En esta línea, entre otras, pueden verse las resoluciones 467-F-2008 de las 14 horas 25 minutos del 4 de julio de 2008, o la 1008-F-2006 de las 9 horas 30 minutos, del 21 de diciembre de 2006". 515, de 10 horas 15 minutos, del 27 de mayo del 2009. La responsabilidad objetiva, tiene como criterio de atribución causas expresamente establecidas por la ley. Ejemplo de esto son el artículo 1 048 del Código Civil, en cuanto a la derivada de los daños ocasionados por máquinas motivas, el artículo 35 de la Ley de Protección al Consumidor, referido a la responsabilidad en materia de derecho del consumidor, y el numeral 190 de la LGAP en cuanto a la de la Administración. Este último la supone cuando su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal provoque daños a los administrados. Así, este solo debe probar que el daño existe, y que se produjo como consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la Administración (causalidad adecuada). No requiere demostración de la culpa o el dolo (culpabilidad en sentido lato), ya que el criterio de imputación es objetivo. Corresponde al juzgador examinar en cada caso si existe o no causalidad directa y adecuada entre el daño reclamado (y demostrado) por el petente y la actividad (activa u omisiva) desplegada por la Administración [...].

Carga de la prueba

Sobre la carga probatoria, la Sala Primera indicó lo siguiente en el voto 212 de las 8 horas 15 minutos del 25 de marzo de 2008:

De dicho precepto deriva un régimen de responsabilidad objetiva a favor del consumidor, lo cual implica, que las reglas sobre la carga probatoria en este tipo de relaciones, difieren de la tradicional regulación que hace el Código Civil, ya que solo se libera de la responsabilidad "quien demuestre que ha sido ajeno al daño. "Sobre el particular, esta Sala ha indicado: "[…] a raíz de lo anterior, se ha entendido que el onus probandi en materia civil, que establece el artículo 317 del Código Procesal Civil, no es irrestricto a lo expresado en la norma y, más bien, puede modificarse. En algún momento, tratándose de responsabilidad objetiva, se habló de

una inversión de la carga probatoria, donde ahora correspondía al autor demostrar lo que antes incumbía a la víctima. Empero, ello no es del todo correcto. En realidad, lo que se aplica es una redistribución sobre los aspectos que le corresponde demostrar a cada litigante, bajo el instituto procesal de la carga probatoria dinámica [...].

Causas de exoneración

Sobre este tema, podríamos señalar el voto 001384-F-S1-2013 de la Sala Primera de la Corte, debido a que una señora interpuso una demanda contra una librería ubicada en La Sabana, pues en octubre de 2005 acudió a este sitio y, al salir, sufrió una caída en las gradas y sufrió severas lesiones, las cuales fueron ajenas al local comercial. La Sala consideró que "*la demanda debía ser desestimada en la medida en que las lesiones fueron causadas por una "descoordinación al caminar" la cual "solo le es imputable a ella y se sale de toda esfera de control de Carlos Federspiel & Compañía".* Al respecto la Sala señaló:

[…] *esta Sala es del criterio que la caída se produjo, porque que a la actora se le dobló el pie derecho justo cuando estaba trasladando su peso corporal hacia este para utilizarlo como apoyo, con la agravante de que esto sucedió en el borde donde inician las escaleras y que la señora Badilla Brenes, si bien estiró su brazo para asir el pasamanos, no se había sujetado de él cuando perdió el equilibrio. En este punto, no puede omitirse referencia a la conclusión del peritaje arriba mencionado en cuanto indicó que el "deslizamiento de su pie derecho [fue] favorecido por la ausencia de una cinta antideslizante en el mosaico". Con vista en el vídeo, se aprecia claramente que cuando se da la dobladura del tobillo de la actora, esta se da en el borde donde inicia la grada, generando la pérdida de equilibrio, sin que se detecte que el pie se deslice sobre el piso […].*

Otro caso interesante es el de varias personas que quedaron atrapadas en un ascensor y se alegó fuerza mayor por parte del centro comercial. Sin embargo, el Tribunal Segundo Civil, Sección Primera, señaló lo siguiente en el voto 134 de las quince horas cincuenta minutos del treinta de abril de dos mil doce:

[...] ***XII.-CUARTO AGRAVIO. LA FUERZA MAYOR COMO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD.*** *Se argumenta que al ser un ascensor nuevo y tener el mantenimiento necesario, fue a raíz de una situación de imprevisibilidad que se produjo su fallo, lo que exime su responsabilidad objetiva en este caso. El reproche no es compartido. Dicha fuerza mayor, como defensa, debió de ser demostrada por la demandada y, sin embargo, no ofreció prueba de esto [...]*.

También, en un caso donde una persona cae en las gradas de un restaurante de comidas rápidas, y por lo cual se otorgaron doscientos mil colones por daño moral, el Tribunal Segundo Civil, Sección Primera, indicó lo siguiente en el voto 224 de las nueve horas cincuenta minutos del veintinueve de junio de dos mil cinco:

[...] *la demandada no ha demostrado ser ajena al daño sufrido por la actora, pues a pesar de que las testigos de la parte demandada que declararon en este proceso manifestaron que las gradas tienen pasamanos y cinta antideslizante, la testigo Slon Hernández manifiesta: "[...] no se qué mantenimiento se le da esas gradas..." y en cuanto al estado de las gradas el testigo Rodríguez Umaña no hace manifestación alguna. De otra parte, la accionada no demostró que subcontrata empresas calificadas para el mantenimiento constante de sus instalaciones y tampoco que las gradas de su local comercial se encontraban en buen estado al momento del accidente [...].*

Prescripción

En el voto número 001521-SI-F-2010 de las nueve horas quince minutos del dieciséis de diciembre de dos mil diez, en el caso de un robo de vehículo de un centro comercial, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia dispuso que el plazo de prescripción era de cuatro años. Al respecto indicó lo siguiente:

En este caso, la responsabilidad que se reclama se origina, de acuerdo a lo narrado por la actora, en el hecho de que su vehículo le fue sustraído del parqueo del Hiper Más ubicado en San Sebastián. De lo expuesto, se colige que la accionante se presentó al establecimiento comercial de la demandada e hizo uso de un servicio que esta ofrece a sus clientes, como lo es el estacionamiento,

donde de acuerdo con su dicho, le robaron el automóvil, por tanto, pretende que la accionada se responsabilice de lo ocurrido. Es claro de que al demandarse a un comerciante, Corporación de Supermercados Unidos, S.A., por el robo del vehículo de la actora ocurrido en el estacionamiento de la accionada, es decir, al haber hecho uso de un servicio es inherente de su actividad comercial, ello lleva a concluir que el tema de la prescripción debe regularse por la legislación especial que rige dicha materia, es decir, el Código de Comercio, tal como lo dispone el canon 968 ibídem. En concreto, el plazo de prescripción aplicable es el de cuatro años (984 ibídem), pues no se está en ninguno de los supuestos que autorizan un plazo menor […].

Responsabilidad civil objetiva del artículo 35 de la Ley 7472

Sobre la responsabilidad civil en materia de derecho del consumidor, en el voto 000467-F-S1-2008 de las catorce horas veinticinco minutos del cuatro de julio de dos mil ocho, la Sala Primera señaló lo siguiente:

[...] *supone la responsabilidad civil del productor o comerciante cuando se demuestra la existencia de un daño causado como resultado de la actividad desplegada por el productor o comerciante. Así, el consumidor solo debe probar que el daño existe y que este se produce como consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por el productor o comerciante (causalidad adecuada). No requiere demostración de la culpa o el dolo (culpabilidad en sentido lato), puesto que el criterio de imputación es objetivo [...].*

En relación con una persona que pidió comida rápida mediante el servicio *express* y, en lugar de recibir la comida, recibió un trapo envuelto, en el voto 58-N de las ocho horas quince minutos del veintitrés de enero de dos mil ocho, el Tribunal Primero Civil señaló que los administradores debían responder por los actos de sus dependientes e indicó:

La demandada reconoció que se le haya enviado al actor el pedazo de tela, pero lo justifica en un error, aunque se acreditó que se produjo por una broma al interior del personal del restaurante. Como lo establece la disposición indicada, los representantes legales del establecimiento responden en forma objetiva de los actos de sus dependientes, ***independientemente de la existencia de la culpa.*** *La naturaleza del servicio al consumidor en el área de las comidas rápidas y por su influencia en la salud pública, los controles de calidad deben ser más exigentes. No se trata de disminuir lo ocurrido, ni reducir sus efectos por haberse despedido al empleado o pedir disculpas enviando otros productos. Lo importante, en forma objetiva, es que el consumidor no recibió el servicio a satisfacción tal y como lo había ordenado [...].*

También, en sus votos **000397-F-S1-2009, 000398-F-S1-2009, 000399-F-S1-2009, 000467-F-S1-2008, 000655-F-2007,** la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha definido ampliamente la responsabilidad por riesgo en materia del consumidor.

Consumidor

Se ha considerado al consumidor como la parte débil y ha sido tratado desde el voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 1441 de las 15:35 horas del 2 de junio de 1992. Las diferentes Salas han reiterado el anterior voto de la Sala Constitucional, como por ejemplo en las siguientes: En la resolución del 19 de septiembre de 2007 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, el Considerando III establece:

Considerando III.-... En vista del surgimiento de una situación desequilibrada en las relaciones de consumo entre empresarios y consumidores o usuarios, los instrumentos jurídicos tradicionales no resultaban suficientes para tutelarlos. Con el fin de evitar, o al menos atenuar esas diferencias, el legislador ha creado diversos sistemas jurídicos de defensa, en aras de encontrar un justo equilibrio entre los intereses recíprocos de consumidores y productores.

En cuanto a la distinción de consumidor formal y consumidor material, en el voto 372-05 de las catorce horas del diecinueve de octubre de dos mil cinco, redactado por el doctor Álvaro Hernández, el Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, señaló lo siguiente:

Ello en virtud a que el término "consumidor" referido a la situación jurídica del actor cuando ingresó al Supermercado, corresponde a un concepto más amplio que el de comprador, derivado de que cada vez se ha venido presentado un planteamiento expansivo respecto al círculo de personas que se consideran necesitadas de una especial protección en materia de consumo. El Derecho moderno propone una noción de consumidor que no se agota en un "contrato de consumo" porque sería demasiado restringido reservar la cualidad de consumidor solamente a la persona que compra, o más generalmente a la que contrata. En la actualidad, dentro de la noción de consumidor se visualiza su posición más aperturista en que se le considere como ***cliente,*** *incluye a cualquier persona que interviene en relaciones jurídicas situado en la posición de demanda de un vínculo convencional con el titular de la oferta, sin que se encuentre supeditado a la compra efectiva de bienes o servicios. Precisamente en doctrina se distingue lo relativo a la figura del consumidor como contratante y como cliente. En el primer supuesto, se denomina "****consumidor jurídico****" aquellos que adquieren un bien o servicio mediante una relación jurídica, y en la segunda propuesta, corresponde al "****consumidor material****" que sin haber contratado la cosa o el servicio puede utilizarlo o potencialmente adquirirlos […].*

Responsabilidad por daño a vehículo dejado en estacionamiento

Ha habido muchas sentencias relacionadas con el robo de vehículos o sustracción de objetos dentro de un estacionamiento, y la jurisprudencia ha reiterado que el estacionamiento es un servicio que el centro comercial otorga y, por tal razón, cualquier daño que se sufra en él debe ser resarcido.

Por ejemplo, el Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, se ha pronunciado en las resoluciones 372 del 19 de octubre de 2005; 82l del 28 de junio del 2006 y 15l del 23 de enero de 2007; asimismo, la Sala Primera, en el voto 460 del 30 de julio de 2003.

En un caso, un vehículo fue dejado en el estacionamiento de un hotel y, cuando el dueño llegó, se encontró que casi la totalidad de la carrocería había sido rayada. Sobre este asunto, la Sala estableció claramente la responsabilidad objetiva por parte del dueño del hotel por falta de vigilancia en su estacionamiento. Al respecto, indicó:

En el sublite, el actor dejó aparcado su vehículo para hacer uso de esa facilidad. Es justamente allí donde terceros causan daños al automotor, por los cuales, según la norma de comentario, responde la demandada, pues tuvieron lugar con ocasión de uno de los servicios ofrecidos a los clientes. Así las cosas, el servicio brindado por el comerciante, su uso y el daño ligado en relación de causa-efecto, son suficientes para acreditar la responsabilidad extracontractual objetiva de la parte demandada [...]

CONCLUSIONES

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han definido la responsabilidad civil objetiva, como aquella que está dentro del régimen de responsabilidad civil y concretamente dentro de la responsabilidad extracontractual que no toma en cuenta la culpa, sino más bien considera como su principal fundamento la teoría del riesgo. En el caso del servicio que los centros comerciales brindan, se tiene que hay responsabilidad civil objetiva, tomando en cuenta la posición del visitante-consumidor y los conceptos que se manejan en la Ley de la Promoción de la Competencia y Defensa efectiva del Consumidor. Deben cumplirse los tres elementos para que se dé este tipo de responsabilidad: riesgo creado, daño y nexo causal.

En el momento de visitar un centro comercial, no necesariamente debe comprarse algún producto o servicio para que haya responsabilidad, pues como se investigó, existen dos tipos de consumidor, el consumidor “consumidor jurídico” y el “consumidor material”. Respecto a la carga de la prueba, que el sistema de responsabilidad que regula el artículo 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, no requiere demostrar la existencia de culpa por parte del productor, del proveedor o del comerciante, solo exige que, una vez que se haya dado el defecto, la persona perjudicada debe probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre el defecto y el daño.

Respecto a las causas de exoneración de la responsabilidad civil objetiva, el artículo 35 de la Ley de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor señala que solo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño. Por otro lado, la jurisprudencia ha determinado que, a pesar de que no existía legislación clara, se ha interpretado que el plazo de prescripción para este tipo de responsabilidad civil era de cuatro años.

BIBLIOGRAFÍA

Bibilioteca Jurídica Dike. (2011). *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho.* Estudios en Homenaje a Javier Tamayo Jaramillo. Tomos I y II.

Cabanellas de Torres, G. (2001). *Diccionario jurídico elemental*. Editorial Heliasta, S.R.L.

Goldstein Mabel. (2008). *Consultor magno: Diccionario jurídico*. Buenos Aires, Argentina.

Gozaíni, Osvaldo, A. (2005). *Protección procesal del usuario y consumidor.* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

Pérez Vargas, V. (2013). *Derecho privado.* Cuarta Edición. San José: Litografía e Imprenta Lil, S.A.

Rojina Villegas, R. (1987). *Compendio de derecho civil.* Tomo III. (15a. ed.). Editorial Porrúa, S.A., México.

Tamayo Jaramillo, J. (2009). *Tratado de responsabilidad civil.* Tomos I y II. Legis Editores, S. A.

Leyes

Código Civil de Costa Rica

Ley 7 472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor

Jurisprudencia

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto número 000654-F-2004 de las once horas cincuenta minutos del cinco de agosto de dos mil cuatro (Análisis del artículo 1048 del Código Civil).

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto 000467-F-S1-2008 de las catorce horas, veinticinco minutos del cuatro de julio de dos mil ocho (Responsabilidad civil objetiva del artículo 35 de la Ley 7 472).

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto número 001521-SI-F-2010 de las nueve horas quince minutos del dieciséis de diciembre de dos mil diez (robo de vehículo en supermercado).

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto 1153-F-S1-2011 de las nueve horas treinta y cinco minutos del tres de septiembre de dos mil once. (Caída de menor por piso mojado).

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto 515-F-S1-2011 de las trece horas treinta minutos del veintiséis de abril de dos mil once. (Caída de menor en área de juegos).

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto 000609-F-S1-2008 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del cinco de septiembre de dos mil ocho. (Demanda contra Pizza Hut y Asociación Cívica Palmareña por obstáculos en la vía).

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto 001384-F-S1-2013 de las nueve horas veinticinco minutos del diecisiete de octubre de dos mil trece. (Caída en Librería Universal).

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto 001424-F-S1-2013 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del veinticuatro de octubre de dos mil trece. (Responsabilidad civil de la Administración Pública).

TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCIÓN SEGUNDA. Voto 372 de las catorce horas del diecinueve de octubre de dos mil cinco. (Clasificación de consumidor).

TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCIÓN PRIMERA. Voto 268, las ocho horas treinta minutos, del veintidós de mayo de dos mil nueve. (Tuerca metálica que aparece en ensalada de Kentucky Fried Chicken).

TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCIÓN PRIMERA. Voto 134 de las quince horas cincuenta minutos del treinta de abril de dos mil doce. (Responsabilidad civil objetiva derivada de un servicio defectuoso en caso de personas que se quedan atrapadas en un ascensor).

TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCIÓN PRIMERA. Voto 266 de las ocho horas diez minutos, del veintidós de mayo de dos mil nueve. (Responsabilidad civil y su evolución en el marco de la llamada responsabilidad objetiva).

TRIBUNAL PRIMERO CIVIL. Voto 668-F- de las siete horas treinta minutos del ocho de agosto de dos mil ocho. (Robo de vehículo en estacionamiento de universidad privada).

TRIBUNAL PRIMERO CIVIL. Voto 1215-1C- de las ocho horas treinta minutos del veintiuno de noviembre de dos mil doce. (Grapas en hamburguesa).

TRIBUNAL PRIMERO CIVIL. Voto 45-F- de las ocho horas del veintiséis de enero de dos mil siete. (Cucaracha en lata de atún).

LA SOLUCIÓN JURÍDICA Y SOCIAL A LAS CRISIS EMPRESARIALES, MEDIANTE LA APLICACIÓN DEL CONVENIO PREVENTIVO EN EL JUZGADO CONCURSAL DURANTE EL PERÍODO 2010-2011

Nydia Durán Oviedo

ABSTRACT

Costa Rican legal system seeks to cultivate the notion of the principle of conservation of the company. The debtor makes a voluntary process where confesses his cessation of payment and proposes a Preventive Convention requesting to continue their line of business such as the delaying convention, the cessation of goods, the removable and expected and forgiving convention. The comparative study involved interviews with judges, litigants and cases filed in the Juzgado Especializado Concursal of San José. Field results explain the significance of the lack of proper training in order to unify criteria on bankruptcy matters.

KEY WORDS: Company, business crisis, preventive convention, principle of conservation of businesses, bankruptcy process.

RESUMEN

El ordenamiento jurídico costarricense procura cultivar la noción del principio de la conservación de la empresa. La persona deudora realiza un proceso voluntario donde confiesa su cesación de pagos y propone un convenio preventivo para continuar con su giro comercial tales como el convenio dilatorio, el de cesión de bienes, el de quita y espera y el convenio remisorio. Se realizó el estudio comparativo por medio de entrevistas a personas juzgadoras litigantes y casos presentados en el Juzgado Especializado Concursal de San José. Los resultados de campo explican la importancia de la falta de capacitación apropiada con el fin de unificar criterios sobre la materia concursal.

.PALABRAS CLAVE: Empresa, crisis empresarial, convenio preventivo, principio de conservación de las empresas. Procesos concursales

INTRODUCCIÓN: En los últimos años, Costa Rica ha experimentado una caída en la evolución de la economía a un nivel similar a la crisis del 2008, ya que el índice empresarial de percepción para el segundo semestre del 2013 se ubicó por debajo de cinco puntos, luego de la brecha económica de hace cinco años, esto según datos de la Unión Costarricense de Cámaras y Asociaciones del Sector Empresarial Privado (Uccaep)[1]. Por tanto, podría llegar a provocar que algunas empresas se sometan a un proceso concursal liquidatorio, feneciendo de este modo su actividad empresarial.

Debido a que la empresa es de vital importancia para la economía del país, por cuanto genera diversas fuentes de ingreso, se le da la oportunidad de salvarla, en beneficio de la colectividad, por medio de un proceso de saneamiento o preventivo como lo es la Administración por Intervención Judicial y el Convenio Preventivo.

Con base en lo anterior, se realizó una investigación con el fin de indagar sobre algunos criterios de los jueces y las juezas de distintos juzgados civiles del país junto con la persona juzgadora concursal de San José y analizar los casos presentados dentro del periodo 2010 y 2011, para determinar si efectivamente se logró materializar la protección de la supervivencia de la empresa por medio del convenio preventivo.

1.- IMPORTANCIA DE LA EMPRESA: La empresa es una entidad económica que se encuentra integrada por recursos humanos, técnicos, financieros entre otros. En términos contables, la empresa es conocida como entidad que constituye combinaciones de recursos humanos, naturales y capital.

El éxito empresarial se debe al emprendimiento que es la clave del crecimiento de una economía de mercado; pero pueden existir algunos riesgos financieros que ocasionen el fracaso de la empresa, al dirigir su camino a la insolvencia e, incluso, a una posible quiebra.

1 Rodríguez, Óscar. (2013, 14 agosto). Percepción empresarial sobre la economía de Costa Rica cae a nivel similar a la crisis del 2008. La Nación. Sección Empresarial. Recuperado el 28 de septiembre de 2013 de http://www.nacion.com/economia/empresarial/Percepcion-empresarial-economia-Costa-Rica_0_1359864126.html

De acuerdo con la realidad social de algunas ciudades, las empresas en general constituyen la única posibilidad de ingresos de muchas familias. Por esto su desaparición podría dar origen a la desocupación de un gran porcentaje de la población, a la pobreza extrema de una nación.

1.1 CRISIS EMPRESARIAL: La crisis empresarial es un evento que amenaza la continuidad de cualquier empresa, y toda empresa debe estar preparada para enfrentar este proceso.

No se cuenta con un concepto establecido para la crisis empresarial; pero se puede entender cómo la situación de crisis no se hace depender del tamaño de la empresa. Esta puede ser grande, pequeña y mediana. Así como las condiciones de la globalización de la economía mundial, las crisis empresariales se acentúan en cualquier país, a cualquier actividad lucrativa. En las últimas décadas, se han realizado varios cambios, y uno de ellos ha sido la globalización de la economía mundial.

En la crisis de una empresa, cualquiera que sea su naturaleza, se pueden manifestar aspectos tanto internos como externos, con puntos de vista económicos y jurídicos. En cuanto a los internos, la Administración puede afectar la planificación de bienes o servicios y otros recursos que se vinculan con la empresa y, como externos, afectan a toda la sociedad en aspectos sociales y culturales, pues el fracaso económico de una empresa provoca reacciones de orden social y cultural; en especial, aquellos que se encuentran directa o indirectamente vinculados, como por ejemplo: los proveedores, trabajadores, el fisco, solo por nombrar algunos[2].

Desde un punto de vista económico, si una empresa se encuentra en crisis momentánea, esta puede nuevamente surgir, mientras que si lo vemos de un punto de vista jurídico, esta crisis toma un carácter estático que la une a un procedimiento concursal. Finalmente, la persona empresaria es la llamada para que, en situaciones de mal manejo de decisiones, asuma su responsabilidad cuando se presente el desencadenamiento de eventos o demandas legales, laborales, morales[3].

2 Bouby Tolentino, Francisca. (2000). La ventaja competitiva para el siglo XXI está en el hombre y las ideas. Gestión del Tercer Milenio. Recuperado 10 de julio de 2013 de http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/publicaciones/administracion/v02_n4/ventaja.htm.

3 Belabdria, Rocío y Luis Rodolfo Rojas. (2008). “Comunicación aplicada al manejo de crisis y conflictos: un componente posible de los postgrados gerenciales”. Revista Científica Electrónica Ciencias Gerenciales. Recuperado el 10 de Julio de 2013 del http://www.revistanegotium.org.ve/pdf/11/Art1.pdf.

Para poder evitar la crisis empresarial, es conveniente que las empresas tengan un plan de continuidad para identificar si en su escenario es posible enfrentar su crisis y poder salvar la empresa. Este principio busca que la persona deudora pueda mantener en el futuro la actividad que actualmente ha venido desarrollando mediante una reorganización de la empresa o la readecuación de las obligaciones existentes, como el autor Javier Fernández bien lo indica:

La continuación de la explotación de la empresa por la quiebra de su titular no es más que un medio para administrar la crisis, hasta tanto esta pueda ser solucionada, y desde ese punto de vista, es un medio que, utilizado con sentido de oportunidad y prudencia por el juez, resulta idóneo para conjugar el interés de los acreedores en ver satisfechos sus créditos, el de los trabajadores de la empresa en conservar sus puestos de trabajo y de percibir salarios, y el de la comunidad en mantener una actividad favorable a la economía[4].

De lo anterior, se desprende que no en todo proceso concursal puede darse la opción de que continúe con su actividad empresarial, solo puede ser autorizada en aquellos casos donde la continuación de la empresa no agrave la situación efímera de esta.

1.2 PRINCIPIO DE LA CONSERVACION DE LA EMPRESA: Con la nueva cultura conservacionista, se busca cambiar la finalidad del derecho concursal, ya no es desmembrar la empresa para el pago de las personas acreedoras, sino salvarla por cuestiones sociales. La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha mencionado sobre este principio:

Ese interés, obviamente trasciende el interés particular de los socios, de los acreedores, de los trabajadores y de los distintos sujetos que por una u otra razón se encuentren ligados con la empresa. De ahí la necesidad de que el Estado establezca mecanismos procesales para dar una oportunidad de salvar la empresa. Pero, al salvar la empresa en beneficio de toda la colectividad, estamos a la vez favoreciendo a los sujetos, cuyos intereses son particulares, no generales, pues la empresa podrá, gracias a ese saneamiento producido, pagar sus

4 Fernández Moores, Javier E. y otros. (1992). Instituciones de derecho concursal. Primera Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ad Hoc, p. 438.

acreencias. Los acreedores, de no lograrse sanear la empresa, tendrán que conformarse con recuperar una parte, a veces ínfima, de sus acreencias, producto de la liquidación de los activos que pertenezcan a su acreedor. Esto que podemos considerar el espíritu" de la Ley, ha sido correctamente interpretado por diversos fallos del propio Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda[5].

Esta jurisprudencia indica que, con el principio de la conservación de la empresa, se obtienen el pago de créditos, la conservación de puestos, entre otros, dando pie a la sana función social que toda empresa debe realizar. Sin embargo, solo puede ser aplicado a aquellas empresas que tengan posibilidades de recuperación financiera.

Las principales medidas de positivización del principio de conservación de la empresa son las que se refieren a las medidas preventivas, sean el concurso preventivo, los acuerdos preconcursales o la conversión de la quiebra en concurso preventivo[6].

El sistema jurídico nacional posee mecanismos para la protección de una empresa; pero estos deben estar de acuerdo con el principio de proporcionalidad, tales como la administración por intervención judicial regulado en el título V, capítulo I del Libro III del Código Procesal Civil, y el convenio preventivo busca una solución negociada, regulada en los artículos 753 al 769 del CPC. Estos procesos son llamados curativos o saneatorios, los cuales deben velar y gestionar la salvaguarda de las empresas en crisis.

2.- CONVENIO PREVENTIVO DENTRO DE LA EMPRESA

2.1 PROCESO PREVENTIVO DE SANEAMIENTO: El sistema concursal en Costa Rica tiene un procedimiento que permite a la empresa la normalización financiera que, a pesar de su insolvencia, puede ser económicamente viable.

5 Sala Segunda. Corte Suprema de Justicia, voto n.º 200 de las 9:40 horas del 29 de septiembre de 1993.
6 García Martínez Roberto. (1997). Derecho concursal. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo-Perrot, p. 463.

En la economía de mercado nacional, es evidente la participación activa de los agentes económicos en los diferentes procesos cobratorios. Esto genera la posibilidad de riesgo de incurrir en situaciones financieras críticas que, por diversas circunstancias, pueden llevar a una imposibilidad de la empresa de afrontar el cumplimiento de las obligaciones contraídas, de ahí surge la disyuntiva entre sanear la empresa o liquidarla.

El ordenamiento jurídico costarricense posee dos tipos de ejecuciones: la singular es aquella que un solo acreedor ejercita, persiguiendo los bienes necesarios de la persona deudora para hacerse el pago de lo que se le adeuda y satisfacer individualmente su crédito y el concursal o colectivo, donde se ejercita para una pluralidad o colectividad de acreedores y se persiguen todos los bienes legalmente embargables de una persona a través de un proceso concursal (procesos de administración y reorganización con intervención judicial, convenio preventivo, concurso civil de personas acreedoras y la quiebra).

Con respecto a la ejecución concursal, es importe indicar que se clasifica en dos tipos: preventivos y liquidatorios. Los primeros se dividen en la administración y reorganización con intervención judicial, las cuales se hallan reguladas en los artículos 709 al 742 del Código Procesal Civil; y el convenio preventivo se encuentra en los artículos 743 al 759 del CPC; los liquidatorios se dividen en la insolvencia del deudor y del concurso de acreedores regulados en los artículos 884 al 980 del CC y en el proceso de quiebra en los artículos 851 al 967 del CCO.

La estructura concursal deriva del principio de universalidad de bienes embargables y se promueve para todas las personas acreedoras –principio de paridad de acreedores o *par conditio creditorum*, el cual significa igual condición de crédito–. Esto quiere decir que no existen créditos separatistas.

El artículo 982 del CC indica que *Si los bienes no alcanzan a cubrir todas las deudas, deberán pagarse éstas a prorrata, a menos de tener alguno de los acreedores un motivo legal de preferencia*. Cuando el patrimonio de la persona deudora es insuficiente, esta norma prevé la posibilidad de la ejecución de un patrimonio global. Por esto se justifica la necesidad de los procesos concursales[7].

2.2. FINALIDAD DEL CONVENIO PREVENTIVO: La finalidad es evitar la declaratoria de quiebra o concurso civil de personas acreedoras, así como procurar una solución concordada entre las personas acreedoras y las deudoras, la cual permita una alternativa a la crisis de sus intereses. Pero al no prosperar este proceso, se decretará la quiebra, y la persona quebrada perderá la posibilidad de salir a flote con su actividad económica. Esto sucede a diferencia del proceso de administración y reorganización con intervención judicial, el cual requiere que sea una persona empresaria titular de una empresa, cuya desaparición pueda provocar efectos sociales perniciosos, sin posibilidad de fácil sustitución.

El presupuesto objetivo necesario para solicitar la apertura de un convenio preventivo es que la persona deudora se encuentre en crisis económica y financiera o en una situación de hecho.

En el presente proceso de convenio preventivo, se citan las siguientes características:

1.- Es un contrato solemne, ya que su validez está condicionada al cumplimiento de diversos requisitos formales, establecidos por ley,

2.- Es un contrato bilateral.

3.- Las personas acreedoras se comprometen a reducir sus créditos y cobrar el remanente en determinados plazos.

4.- La persona deudora está obligada a abonar el porcentaje en los plazos determinados.

5.- En caso de incumplimiento de la persona deudora, las personas acreedoras tienen derecho a pedir la resolución del concordato.

6.- Es un contrato consensual, ya que se perfecciona con la aceptación de las personas acreedoras de la propuesta del deudor o de la deudora.

7.- Es un contrato oneroso, porque tiene por objeto la utilidad de los y las contratantes.

7 Bresciani Quirós, Stella. (2003). Los procesos concursales en el sistema jurídico costarricense. Conamaj, pp. 20-21.

8.- No constituye remisión, porque falta la voluntad de remitir el crédito, la cual es incompatible con el instituto[8] .

El convenio preventivo se divide en cuatro fases que deben contar con el debido proceso para que el acuerdo pueda ser aprobado y este proceda a su ejecución.

La primera es la admisión o rechazo, básicamente contempla los requisitos que la solicitud debe contener según el artículo 744 del CPC, así como el nombramiento del curador o de la curadora, tomando en cuenta los requisitos exigidos del artículo 873 del Código de Comercio, 763 del CPC y 923 del Código Civil. La segunda es la determinación del pasivo, cuando las personas acreedoras deben legalizar su crédito dentro del plazo de quince días; la tercera es la celebración del convenio conforme con las reglas del artículo 752 CPC. Por última etapa, tenemos la ejecución del convenio, si por algún motivo incumple el acuerdo o se desaprueba el acuerdo, se decretará la quiebra. Lo anterior se encuentra actualmente regulado en los artículos 743 al 759 del Código Procesal Civil[9].

2.3. DIVERSAS FORMAS DE CONVENIO PREVENTIVO: La legislación costarricense ha establecido diversas formas de convenio[10] , a fin de que la empresa puede seguir con su giro comercial:

El convenio dilatorio, el cual surge cuando el deudor le proponga a sus acreedores pagar todo lo adeudado en un plazo determinado. El convenio de cesión de bienes, es cuando el deudor entrega todos los bienes a los acreedores y ellos se los reparten. El convenio de quita y espera, es cuando el deudor propone que parte de sus deudas se perdonen y se le conceda un plazo para pagar el resto y el Convenio Remisorio es el pago de una parte de la deuda y el pendón de la otra.

La persona deudora tiene que formular una propuesta de convenio; el acreedor o la acreedora no puede o no tiene la posibilidad de for-

8 Sajón V. Jaime. (1957). El concordato preventivo. Buenos Aires, Argentina: Editorial Plus Ultra SRL, p. 57.
9 Bresciani Quirós, Stella. (2003), op. cit., p. 44.
10 Bresciani Quirós, Stella. (2003), op. cit., p. 48.

mularla como lo puede hacer en un proceso de quiebra. No es necesario que sea elaborada por un o una profesional en particular; pero sí está obligada a llevar la contabilidad de su empresa, pues según como lo acabamos de estudiar, debe aportar los libros contables, los cuales deben estar legalizados y al día durante los últimos cuatro años, con las declaraciones tributarias y sus anexos, incluyendo los balances de situación, el estado de ganancias y pérdidas de los últimos cuatro años de petición así como los costos de explotación.

Se disponen estos requisitos con el fin de determinar su transparencia en la gestión empresarial para buscar las causas de la crisis y poder encontrar posibles soluciones, verificando el manejo económico y financiero, conforme los artículos 713 párrafo final, 726 y 745 del Código Procesal Civil lo indican, para decretar la apertura del convenio preventivo.

En el caso de que el o la representante de la empresa no cumple con dichos requisitos, la persona juzgadora así lo declara y, en la misma resolución, decretará la quiebra, siempre y cuanto se encuentre con el presupuesto objetivo para ordenarla y, con todos los requisitos, se decreta la apertura del convenio preventivo.

En relación con los efectos formales de la solicitud admitida, el artículo 747 ibidem indica: “Cuando la solicitud fuere admitida, se producirán los efectos señalados en el artículo 723”. Y este señala: “La resolución que declare válidamente presentada y admitida la solicitud del promoviente, provocará la paralización de las pretensiones ejecutivas individuales, comunes, hipotecarias, prendarias y de cualquier otro tipo”.

Es relevante indicar que dentro de esta norma se exceptúan aquellas en que haya remate ya debidamente notificado a la persona solicitante, aquellas donde los bienes que se pretenden vender o rematar no pertenezcan a la intervenida, las alimentarias, las laborales, aquellas donde el bien le pertenezca a la persona deudora, pero que no sea indispensable para el funcionamiento normal de la empresa.

La jurisprudencia nacional hace referencia en cuanto a las personas acreedoras alimentarias y las laborales, los cuales poseen un privilegio, ya que no tienen que legalizar sobre un determinado bien, pero tampoco deben someterse al trámite establecido para cobrar sus créditos. No obstante, estas personas acreedoras deben acudir a la persona juzgadora especializada en la materia y, una vez fijado su monto, deben presentarse al proceso de quiebra respectivo para que les paguen[11] [12].

La declaración de apertura del proceso del convenio preventivo tiene efectos procesales, los mismos efectos de la administración y reorganización con intervención judicial. No produce ningún efecto sustantivo en particular, porque lo sustantivo será lo propuesto en el convenio y lo que en definitiva se apruebe.

Es importante indicar que en esta resolución se fija en el periodo de sospecha y, una vez dictada la resolución inicial, no podrá promoverse ningún otro procedimiento concursal, mientras no se haya dictado resolución firme que lo rechace de plano.

Se suspenderán las peticiones de quiebra o de concurso civil de pleno derecho, si, en el momento de presentarlas, no se ha pronunciado la declaratoria respectiva. Mientras las personas acreedoras no tengan la posibilidad de ejercitar su derecho, no correrá, en su perjuicio, plazo alguno de prescripción ni de caducidad.

3.- APLICACIÓN DEL CONVENIO PREVENTIVO EN EL JUZGADO CONCURSAL DE SAN JOSÉ

En la entrevista aplicada en marzo de 2013, el licenciado Christian Quesada, juez concursal de San José, manifestó que el convenio preventivo tenía dos tipos de finalidades: uno general y otro específico. En cuanto al general, indicó que la finalidad del Convenio era "*evitar o prevenir la quiebra de un concurso civil de una persona no comercial; es decir, en presencia de un deudor de una persona*

11 Voto 224-06 del Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera. Dictado el 23 de agosto de 2006.

física o jurídica que tiene problemas financieros". En cuanto a la finalidad específica, explicó que dependía del tipo de convenio que el deudor propusiera.

El licenciado Quesada mencionó que las empresas que se sometían a un convenio preventivo era como darles una nueva oportunidad, ya que los requisitos eran relativamente sencillos, como por ejemplo: las declaraciones tributarias, los listados de activos y pasivos, una explicación de los hechos que han motivado la crisis, entre otros.

Además, a la fecha de este investigación, el licenciado había tramitado muy poco estos procesos; pero señaló que se iniciaban de una manera bastante rápida con la confesión de parte de quien promueve el convenio preventivo, se publica el edicto, nombrándose un curador y se espera que las personas acreedoras se apersonen haciendo valer su derecho, el cual es uno de los procesos que menos defectos tiene y que encuentra como deficiencia que, en la práctica, la ley no define qué pasa con los fideicomisos de garantía y los fondos de inversión que aún se encuentran en propiedad de la persona deudora.

Del análisis de los expedientes entrados y activos en el periodo 2010 y 2011, tramitados en el Juzgado Concursal de San José, se determinaron un poco la aplicación de este instrumento saneatorio y la falta de conocimiento de las personas usuarias en cuanto al tema.

En el Juzgado Concursal de San José, para el 2010, se encontraron activos 121 expedientes, de los cuales 76 causas nuevas entraron para la materia concursal correspondiendo únicamente a tres causas presentadas como convenio preventivo. En el 2011, se encontraron 139 expedientes activos sin un cambio significado en cuanto a las causas nuevas entradas las que ascendieron a 76 expedientes, de los cuales, solamente tres causas fueron presentadas como convenio preventivo. De estos a la fecha de la investigación, solo tres casos llegaron a tener sentencia de primera instancia, y tres más tuvieron el proceso de conversión a convenio preventivo.

Para mayor ilustración, se analizarán seis casos que se ventilaron en el Juzgado Concursal de San José:

A.- CONVENIO PREVENTIVO DILATORIO: Como primer caso, se tiene que el deudor promovió el convenio preventivo para que le concedieran tiempo a la sociedad deudora con el fin de poder liquidar los pocos bienes que le quedaban; es decir, recuperar un bien inmueble que se tramitaba dentro de un ordinario así como los daños y perjuicios que se reclamaban en esa vía. Además solicitó que le autorizaran al curador obtener información del precio del bien fideicometido y que se establecieran sus honorarios en una cuota litis.

En este caso, seis acreedores concurrieron a la junta y aprobaron el convenio junto con sus adiciones. Para la aprobación del convenio, la autoridad judicial tomó como base la existencia para la votación de la mayoría simple de los concurrentes que representaron las dos terceras partes de los créditos legalizados. También mencionó que, a pesar de que existían un solo crédito legalizante y doce créditos admitidos, se cumplía con lo dispuesto en el artículo 752 del Código Procesal Civil y que, para los efectos de la mayoría para la aprobación del convenio, el crédito legalizado tardíamente por la Caja Costarricense del Seguro Social no interfería en lo absoluto, por cuanto su monto era inferior y no afectaba a la mayoría calificada de los créditos legalizados admitidos. Se reservó la comisión liquidadora para proceder con la liquidación de los bienes que no dependían del proceso ordinario, esto por cuanto le sería más beneficioso a la empresa deudora poder recuperar los bienes por medio de otros procesos judiciales y así poder cancelar las deudas a sus acreedores.

Se celebró la junta de acreedores con la mayoría de los concurrentes que, en su momento, representaron más de los dos terceros de créditos legalizados junto con la presencia del 66.66 por ciento del capital legalizado. Con relación al legalizante retardatario, se resolvió en sentencia que nada interferiría su crédito legalizado en la aprobación del convenio por cuanto el monto legalizado era muy bajo.

Es menester indicar que el artículo 771 del Código Procesal Civil establece que tiene la posibilidad de legalizar sus créditos antes de que el convenio sea ejecutado. En este caso, eventualmente lo que podría perder es su privilegio, pero seguiría dentro del proceso como un acreedor común.

B.- RECHAZO A LA CONVERSION AL CONVENIO PREVENTIVO: Como segundo caso, se trata de una solicitud de quiebra, con un laudo arbitral aportado como título base de su solicitud. El juzgado le da audiencia a la persona deudora, y esta solicita que se tramite la anterior solicitud como convenio preventivo. En sentencia, se declara insubsistente el convenio preventivo propuesto por la Sociedad B SA.

La persona deudora solicitó a sus acreedores un convenio mixto dilatorio y por abandono de activos, lo que significa que se solicita a las personas acreedoras que concedan a su representada todo el tiempo necesario para liquidar los bienes así como los daños y perjuicios que se reclaman en la vía ordinaria.

La persona juzgadora concursal declara insubsistente por imposibilidad material por cuanto determina que el representante de la sociedad deudora tenía pleno conocimiento de que el proceso ordinario civil fue declarado fenecido por el Juzgado Cuarto Civil de San José. Confirmando el presupuesto subjetivo, declara su quiebra.

La sociedad deudora apela este fallo; el Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, lo conoce en su voto 310-12 y revoca el fallo de primera instancia por cuanto le hace ver al juez *a quo* que la base de la propuesta del convenio se mantiene; pero en el sentido de que ahora es un tema arbitral.

El demandado presenta su propuesta, un convenio mixto, ante la junta de acreedores, sustentando en su haber bienes así como el cobro de daños y perjuicios, ya sea por la vía ordinaria civil o la vía arbitral como el voto del Tribunal Segundo Civil lo dispuso. Los acreedores rechazan dicha propuesta. Nuevamente, se dicta la sentencia, pero esta vez el juzgado rechaza la solicitud de convenio preventivo, por cuanto no cuenta con la doble mayoría de votos favorables, por lo que se declara la quiebra.

C.- CONVENIO POR CESION DE BIENES: En un tercer caso, se presenta un convenio preventivo, en el cual la propuesta es el abandono de todos los archivos de la empresa a favor de todos los acreedores, conocido como Convenio de Cesión de Bienes, en los términos y condiciones que el artículo 753 del Código Procesal Civil indica, para que a través de un fideicomiso se cancele a todos con la venta el importe de sus créditos.

Se presentan dieciocho legalizantes a la junta de acreedores, pero solo uno es rechazado sin impugnación, por lo que se aprobó el convenio preventivo. En la misma resolución que aprueba el convenio, se debe conformar un comité integrado por el curador y otras personas acreedoras para que redacten un proyecto de fideicomiso por la complejidad de la figura contractual antes aprobada.

D.- CONVENIO RECHAZADO DE PLANO: En un cuarto caso, se cuenta como un convenio preventivo que fue rechazado de plano. La parte demandada no cumplió con los requisitos para presentar un estado de los activos y pasivos, con indicación de los nombres, calidades y domicilios de las personas deudoras y acreedoras, así como los libros contables de la empresa; pasado el plazo de ley, la sociedad deudora no cumplió cabalmente con lo ordenado y, al no contarse con el presupuesto objetivo, se rechazó de plano, al no presentar los libros contables al día legalizados.

E.- CONVERSIÓN AL CONVENIO PREVENTIVO: El acreedor presentó una solicitud de quiebra. Al convocar la audiencia, el demandado solicitó promover un convenio preventivo. La parte demandada presentó al juzgado concursal dos convenios preventivos: uno para la empresa y el otro para la persona representante de la empresa, los cuales fueron tramitados en un mismo proceso. Se dictó sentencia porque no existía la mayoría de votos favorables que declararan la quiebra a la sociedad y para su representante el concurso civil de acreedores.

En la junta de acreedores, varios acreedores votaron a favor del convenio preventivo, mientras que los acreedores del Banco Nacional y del Costa Rica votaron en contra, y el único acreedor legalizado con derecho al voto fue el Banco Nacional, y al no existir la doble mayoría que se exigía para la aprobación del convenio preventivo, se dictaron la quiebra a la sociedad y el concurso para su representante.

En este caso en particular, conforme al artículo 886 del Código Civil, no procedía la tramitación en forma conjunta de la solicitud del convenio preventivo de la sociedad junto con el concurso civil de la persona representante de la empresa, ya que sus bienes eran diferentes, por lo que debió desacumular ambos procesos por no tener bienes en común y debió conocer la procedencia o no del concurso civil de la persona representante de la sociedad demandada.

F.- CONVENIO PREVENTIVO MIXTO: El deudor se presentó a los estrados judiciales con un convenio preventivo, el cual fue aprobado entre la deudora y sus acreedores. El acreedor hipotecario a la vez es el acreedor principal en cuanto a los montos adeudados y es quien debería pagar las sumas que, a la fecha de celebración de la junta de acreedores, se hayan legalizado, quedando pendientes, hasta su resolución definitiva, aquellas que hayan sido impugnadas o que estén pendientes de resolución, y una vez resuelta su situación, se les pagaría también a sus acreedores, si la autoridad judicial aprueba en firme que se le cancele a cada acreedor en un plazo de cuarenta y cinco días hábiles a partir de la firmeza de la aprobación del convenio.

Con relación a esta cláusula, la sociedad promovente deja claro que si los créditos no cuentan con resolución firme de aprobación de créditos para ese momento, se computará su pago con la resolución judicial que los apruebe. Si no se cumple el anterior escenario, se tendrá por incumplido el convenio preventivo, lo que derivaría una cesión total de bienes a las personas acreedoras sin que ello implique el cierre del negocio, por lo que se designaría un comité para esos efectos. Si no se produce la venta dentro de seis meses, se contratará una empresa para que valore los activos y, una vez liquidado el activo, se pagará con el producto a las personas acreedoras.

En este caso, el juez o la jueza concursal analiza la aprobación del convenio preventivo basándose en el artículo 752 del Código Procesal Civil. En la junta de acreedores, se presentaron seis acreedores con derecho a voto, los cuales solo cinco fueron favorables, ya que un acreedor no firmó la votación. En cuanto al segundo supuesto de hecho, se indica en la sentencia que se cumplió la mayoría prevista por la ley, por lo que procede la aprobación del convenio propuesto. Posteriormente, se revocó dicha sentencia únicamente en cuanto a la

acreedora E. T. D. S. A, ya que su pago sería por medio del traspaso de patentes y otros permisos, pudiendo hacerlo mediante la cesión de acciones de las sociedad titulares de las patentes, lo cual el juez o la jueza de instancia aprueba el convenio.

4.1. DIVERSOS CRITERIOS ACERCA DEL CONVENIO PREVENTIVO: En consulta a otros jueces de la República que tramitan este tipo de procesos, se determina que la finalidad del convenio preventivo es salvar a la empresa de una crisis; pero no concuerdan en cuanto a si su aplicación es la más idónea para solventar la operación normal de la compañía, al contrario, de aquellas personas que han tenido mínimo contacto con este tipo de procesos, ya que algunos consultados manifiestan que nunca han tramitado los convenios preventivos. En su oportunidad, expresaron en cuanto a la celeridad del proceso que era muy relativo, ya que esa circunstancia ha obedecido al tipo de convenio que se presente o dependiendo de la zona donde la empresa se encuentre.

Para comprobar si el convenio preventivo es una figura que constituye un mecanismo idóneo para la crisis empresarial, no existe unanimidad. Según las personas entrevistadas, este proceso ha sido utilizado para simulaciones económicas con el fin de atrasar la quiebra. Otros criterios externaron que era un factor más político que jurídico, en la medida que repercutía en contra de la crisis económica, y a la persona juzgadora le importa muy poco esta circunstancia.

En este instrumento, se detectó que, en ciertos lugares del país, como “La Fortuna de San Carlos”, uno de los pilares de la economía regional era el turismo. De acuerdo con la entrevista realizada al juez del lugar, se determinó que, a pesar de que la ley le dio esta posibilidad al deudor de plantar este tipo de procesos para salvar la empresa, ha sido utilizada en forma abusiva retrasando lo que sería una inevitable quiebra o concurso civil de acreedores. De igual forma, se logró desprender que el procedimiento del convenio preventivo en la zona de San Carlos ha sido engorroso impidiendo la finalidad para la cual fue creado.

Con relación a las consultas realizadas a personas litigantes y usuarias referentes al tema de materia concursal, se comprobó según sus criterios, si el convenio preventivo constituía un mecanismo idóneo para la crisis empresarial, buscando su finalidad que es salvar a la empresa por medio de negociaciones o solventar problemas financieros.

Estos criterios externados por estas personas usuarias son más que todo basados en conocimientos teóricos y no en la práctica, esto debido a que a pesar de que las personas entrevistadas eran abogados y abogadas escogidos al azar que llegaron a realizar trámites o consultas al juzgado concursal, no todos han utilizado esta figura saneatoria, por cuanto sugieren otros procedimientos como medidas alternativas al convenio.

Las personas entrevistadas mencionaron que la figura del convenio preventivo sería efectiva, solo en el sentido en que se concurra una flexibilización por parte de los bancos, ya que cuando el deudor entra en una cesación de pagos, la entidad bancaria lo envía casi inmediatamente a cobro judicial.

No obstante, existe otro grupo de personas entrevistadas que no tienen muy claras la figura del convenio preventivo ni tampoco sus diferentes modalidades o formas que el deudor puede presentar a sus acreedores, a pesar de que algunos son abogados directores de otros procesos concursales, lo cual puede acarrear prolongaciones innecesarias al procedimiento.

CONCLUSIONES

El convenio preventivo es un instituto que ayuda a las empresas a lograr los objetivos y poder salir adelante. Este instituto procesal tiene ciertos requisitos sustanciales que deben ser aportados juntos con la propuesta que la persona deudora hace, de lo contrario el juez o la jueza de oficio declarará la quiebra.

Al respecto, notamos que a partir de las diferentes fases que este proceso posee, los abogados y las abogadas litigantes tienen poco conocimiento en cuanto a este tema, por lo que una obsoleta preparación en cuanto a esta materia podría causar graves perjuicios creando indefensiones a las personas demandadas.

En Costa Rica, debido a que no hay un juzgado especializado en cada circuito judicial, no se cuenta con un criterio unificado para la materia concursal, lo que puede llegar a producir la mora judicial.

De acuerdo con la investigación realizada en el Juzgado Concursal para el periodo 2010 y 2011, se alcanzaron ciento cincuenta y dos causas nuevas, de las cuales, solamente once llegaron a tramitarse como convenios preventivos; pero solo seis procesos llegaron a tener sentencia.

Si bien es cierto, en el Juzgado Concursal de San José, se presentaron muy pocos casos bajo la modalidad del convenio preventivo, es menester indicar que al contar con una persona juzgadora especializada en la materia, se han logrado minimizar todas esas falencias, obteniendo un criterio atinado para la resolución de todos los casos a su conocimiento, a diferencia de los jueces y las juezas de mayor cuantía del país aunado a la poca especialización de la materia por parte de los abogados y las abogadas litigantes.

Finalmente, se recomienda realizar capacitaciones a todos los servidores y las servidoras judiciales que tengan contacto con la materia concursal, así como al Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica impartir capacitaciones o cursos de capacitación referente al tema de convenio preventivo y fomentar la creación de un proyecto de ley uniforme para la tramitación de los procesos concursales.

BIBLIOGRAFÍA

Belabdria, Rocío y Luis Rodolfo Rojas. (2008) "Comunicación aplicada al manejo de crisis y conflictos: un componente posible de los postgrados gerenciales". *Revista de Científica Electrónica Ciencias Gerenciales.* Recuperado el 10 de julio de 2013 del http://www.revistanegotium.org.ve/pdf/11/Art1.pdf.

Rodríguez, _Óscar. (2013, 14 agosto). Percepción empresarial sobre la economía de Costa Rica cae a nivel similar a la crisis del 2008. *La Nación. Sección Empresarial*. Recuperado el 28 de septiembre de 2013 de http://www.nacion.com/economia/empresarial/Percepcion-empresarial-economia-Costa-Rica_0_1359864126.html

Bouby Tolentino, Francisca. (2000). La ventaja competitiva para el siglo XXI está en el hombre y las ideas. *Gestión del tercer milenio.* Recuperado el 10 de julio de 2013 de http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/publicaciones/administracion/v02_n4/ventaja.htm

Cabanellas de Torres, Guillermo. (2001). *Diccionario jurídico elemental*. Editorial Heliasta SRL. Argentina, p. 207.

Cerdad Maroto, Gastón. (1988). El convenio preventivo. Ivstitia. *Revistas Judicial.*

Fernández Moores, Javier E. y otros. (1992) *Instituciones de derecho concursal*. Primera Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ad Hoc, p. 438.

García Martínez Roberto. (1997). *Derecho concursal*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Abeledo-Perrot, p. 463.

Jiménez R. y Quirós J. (1987*). La disolución de la sociedad anónima en Costa Rica, Tesis de grado para optar por el título de Licenciados en Derecho*. San José. Costa Rica

Prono, Ricardo S. (2004). *Continuación de la empresa en la quiebra*. Citado por Leyla Lozano Chang. *El curador como órgano auxiliar en los procesos concursales*. Primera Edición. San José, C. R. Editorial Investigaciones Jurídicas S. A., p. 172.

Sajón V. Jaime. (1957). El concordato preventivo. Buenos Aires, Argentina. Editorial Plus Ultra SRL, p. 57.

Ramírez Mora, Ana Ruth. (1986). *Los convenios preventivos de la quiebra a la luz de la legislación comparada*. Tesis de grado. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, p. 69.

Vargas Soto, Francisco Luis. (2001). *Los procesos concursales precautelares*: Instrumentos jurídicos indispensables en un Estado de derecho moderno. Editorial Investigaciones Jurídicas.

Sala Segunda. (1993). Voto n.º 200. Corte Suprema de Justicia. Septiembre 29.

Sala Segunda. (1991). Voto n.º 217. Corte Suprema de Justicia. Noviembre 27.

Tribunal Superior Segundo Civil, Sección I. (2006). Voto n.º 226. Agosto 23

El maltrato animal: manifestación de violencia social y su impacto en el entorno familiar y la realidad socio-jurídica costarricense

Quien acepta el mal en forma pasiva, está tan comprometido con él, como quien contribuye a perpetrarlo.

Dr. Martin Luther King

ABSTRACT

This article exposes the link between animal cruelty and interpersonal violence. The landscape of violence have become too close to our families, understanding cruelty to the animals would help to understand violence against humans, because cruelty to the animals exposes a strong link to destructive interpersonal relationship. This writing concerns about family violence, social toxicity in Costa Rica. Recognizing this link will help professionals confronting violence in their jobs and will provide a usuful tool to Judicial Power as a social mediator and public interest in cruelty to the animals and other forms of violence against elders, children, and vulnerable people.

Key Words: Animal cruelty, domestic violence, interpersonal violence, social violence, criminal law.

RESUMEN

Este artículo expone el vínculo entre la crueldad hacia los animales y la violencia interpersonal. El panorama de la violencia se ha convertido en algo muy cercano a nuestras familias, pues la crueldad hacia los animales ayudaría a comprender la violencia hacia los seres humanos, porque la crueldad hacia los animales expone un fuerte vínculo hacia las relaciones interpersonales destructivas. Esta obra realza la preocupación hacia la violencia familiar, la toxicidad social en Costa Rica. Por medio del reconocimiento de esta relación, los y las profesionales podrán confrontar la violencia en sus trabajos y se proveerá una herramienta útil al Poder Judicial como mediador social y hacia el interés público en el tema de la crueldad hacia los animales y otras formas de violencia contra personas adultas mayores, niños, niñas y personas en estado de vulnerabilidad.

Palabras Clave: Crueldad animal, violencia doméstica, violencia interpersonal, violencia social, derecho penal.

INTRODUCCIÓN

En los últimos años, diversos grupos de protección animal en Costa Rica han colocado en la agenda nacional preocupaciones para promover algún tipo de protección jurídica hacia el bienestar de los animales en general y con especial énfasis hacia los animales domésticos.

Esta situación se vincula con el hecho de que los marcos interpretativos que respaldan las formulaciones políticas y los planes de acción de las instituciones estatales se colocan en un estado de vulnerabilidad que no logra abarcar con efectividad el maltrato animal y la crueldad como manifestaciones importantes de violencia social e intrafamiliar[1].

Por tanto, el presente artículo aporta una herramienta técnica útil en la dimensión jurídica y operativa para enfrentar el tema del maltrato y la crueldad animal. En esta problemática que expresa manifestaciones de violencia social e intrafamiliar, el Poder Judicial encuentra una importante responsabilidad, al ser el ente restaurador de la armonía social dentro de la realidad costarricense.

En el sentido anterior, el texto efectúa una explicación de la vivencia de la crueldad y el maltrato animal en la sociedad y las familias costarricenses y cómo esta situación vincula al Poder Judicial como una demanda social efectuada por grupos sociales de presión que demandan la aplicación de mecanismos acertados para el abordaje de las víctimas y las personas victimarias.

1 Fernández, D. (2013). Penalización de la violencia contra los animales domésticos en Costa Rica y sus posibles implicaciones dentro del Poder Judicial a raíz del voto constitucional 4260-2012 y los proyectos de Ley n.º 18298 y n.º 18625. Tesis para optar por el grado de Maestría Profesional en Administración de la Justicia. Universidad Nacional. Heredia. Costa Rica.

La violencia y la crueldad animal: una realidad latente en las familias costarricenses

El maltrato y la crueldad contra los animales son dos conceptos diferenciados, ya que una acción de maltrato no siempre implica que sea efectuado con crueldad[2]. Esto por cuanto la crueldad, a diferencia del maltrato, es un comportamiento intencional que causa sufrimiento, dolor, estrés innecesario o la muerte[3].

Aclarada esa diferencia, la crueldad hacia los animales (como un comportamiento intencional) es una realidad presente en la sociedad costarricense que se perfila como un indicador inicial de conducta violenta hacia otros seres vivos[4].

En razón de lo anterior, una investigación realizada por Hernández y otras (2012)[5] indica que dañar a un animal en general y doméstico en particular encuentra relación con otras formas de violencia, tales como la doméstica y la intrafamiliar, por cuanto el ejercicio de esta violencia puede actuar como un elemento de extorsión, manipulación, castigo o presión por parte de la persona agresora hacia otros miembros de la familia, en particular mujeres, infantes y personas adultas mayores.

En este sentido, a nivel del núcleo familiar, se asiste a una doble violencia, una ejercida en contra de la persona afectada (por su vinculación, especialmente emocional con su mascota) y la otra directamente en contra del animal[6], las cuales se expresan en el seno de las relaciones intrafamiliares.

2 Idem.

3 Ascione, F. (1993). Children who are cruel to animals: A review of research and implications for development psychopathology. In Cruelty to Animal and Interpersonal Violence. Edited by Randall Lockwood y Frank Ascione. Ed. Purdue. United States of America.

4 Hernández, N. y Vega, I. (2012). Análisis del comportamiento de origen y sus consecuencias en la comisión de delitos violentos mediante el estudio de privados de libertad en el Centro de Adaptación Social Gerardo Rodríguez. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Criminología. Universidad Libre de Costa Rica, San José, Costa Rica.

5 Idem.

6 Por ejemplo, en el caso costarricense, un estudio elaborado por el Centro de Estudios Sociales de la Universidad Nacional (2008) demostró que la mayoría del cuido de los animales domésticos están a cargo de mujeres, lo cual es una variable interesante de tomar en cuenta para analizar situaciones de violencia doméstica relacionadas con este aspecto.

El maltrato y la crueldad hacia los animales son una preocupación de la ciudadanía e influyen en la realidad socio-jurídica costarricense

El tema de la protección jurídica de los animales dentro del contexto costarricense data desde 1889 con la primera prohibición de las peleas de gallos[7]. Con posterioridad, en la década de los ochenta del siglo XX, se prohíbe cualquier tipo de pelea entre animales, entendida desde el punto de vista comercial.

Para el 2002, la reforma al Código Penal, Ley N.º 4573 del 4 de mayo de 1970, eliminó la penalización del maltrato animal, así como la reforma a la Ley N.º 7451: Ley de Bienestar Animal, esto último, al anularse el artículo 21, correspondiente a las sanciones[8].

Igualmente, la reforma eliminó las contravenciones contra las buenas costumbres, inscritas en el artículo 382 referido al concepto de crueldad animal. Ambos sucesos marcaron un hito para la generación de acciones ciudadanas en pro de la defensa del bienestar animal, inspiradas por un profundo descontento y rechazo a la violencia contra los animales[9].

La efervescencia de grupos pro defensa del bienestar animal dio pie a la construcción de tres iniciativas legislativas, a saber: los proyectos de Ley N.º 17.997, N.º 18625 y N.º 18298, como elementos de penalización contra el maltrato y la violencia animal y reflejó que el sistema legal costarricense no era concordante con la sensibilidad y los valores de una enorme población albergada en el territorio nacional.

7 Zeller, M. (1990). La protección jurídica del animal en Costa Rica. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. Sede Rodrigo Facio. San José, Costa Rica

8 Esto según voto de la Sala Constitucional n.º 2002-08861.

9 Fernández, D. (2013). Penalización de la violencia contra los animales domésticos en Costa Rica y sus posibles implicaciones dentro del Poder Judicial a raíz del voto constitucional 4260-2012 y los Proyectos de Ley N.º 18298 y N.º 18625. Tesis para optar por el grado de Maestría Profesional en Administración de la Justicia. Universidad Nacional, Heredia, Costa Rica.

Así, se inicia un proceso de abogacía por generar insumos de protección jurídica de los animales, el cual se acompaña de una presión popular reflejada en diversas muestras de expresión de sus grupos defensores (marchas, vigilias, etc.).

Desde la sociedad política, el primer poder de la República no permaneció impermeable ante las demandas sociales, pues ingresó en la agenda el conocimiento de los proyectos de ley supracitados. Asimismo, el Poder Judicial tomó la vanguardia en cuanto al tema preventivo enfocado en la sensibilización hacia la población en general y su personal[10].

En el mismo sentido, a nivel del gobierno central y a partir de la directriz de la Organización Mundial de la Salud, SENASA crea su programa de bienestar animal donde dispone la necesidad de dotar a los animales de buenas condiciones por medio de una legislación que impida la crueldad con los animales y que establezca una base jurídica para el cumplimiento tanto de las normas nacionales como regionales[11].

Ahora bien, dentro de los mayores logros en cuanto a la evolución de la protección de los animales, la cual incluye el resguardo constitucional a los animales domésticos, se registra el voto 4620-2012 de la Sala Constitucional de Costa Rica, en el cual la tutela de los animales domésticos es contemplada dentro de la necesidad de procurar el orden público y las buenas costumbres[12].

Todo lo anterior da una respuesta afirmativa que refleja que, dentro de la racionalidad ética de la sociedad costarricense, los actores sociales demandan la construcción de un marco jurídico donde la sociedad civil, conjuntamente con el Estado, adquieran mayores responsabilidades hacia la protección jurídica de los animales.

10 Por ejemplo, el Poder Judicial realizó capacitaciones internas mediante programas de extensión cultural y las campañas de capacitación. Una de ellas se denominó Maltrato Animal: Primera Manifestación de Violencia Social, a cargo de la magistrada Dra. Eva Camacho Vargas.

11 Asamblea Legislativa de Costa Rica. (2013). Acta de la Sesión Ordinaria, n.º 27, Jueves 31 de enero. San José. Costa Rica.

12 Sala Constitucional de Costa Rica. (2012). Voto Constitucional 4620-2012, exp: 12-003343-0007 CO del 10 de abril, San José, Costa Rica.

Se evidencia un indiscutible apoyo popular hacia un expansionismo del derecho penal en cuanto al tema de la penalización del maltrato y la crueldad hacia los animales, tal como en su momento fue la penalización de la violencia hacia las mujeres y la protección de las poblaciones en estado de vulnerabilidad.

Impacto del fenómeno social en el Poder Judicial

Bajo este marco de estudio en cuanto a la influencia de los actores sociales dentro de la toma de decisiones político-sociales de Costa Rica y por la misma constitución democrática de nuestro ordenamiento jurídico y político, los poderes de la República deben brindar una respuesta atinada en cuanto a la exigencia de las demandas sociales.

En el sentido anterior, el Poder Judicial no se encuentra exento de tal responsabilidad,[13] pues el flagelo de la violencia golpea cada día con más fuerza las puertas de los hogares de la ciudadanía, afectando a las poblaciones históricamente vulnerables como las mujeres, la niñez y la persona adulta mayor y, en este caso, también a los animales.

Por eso, como parte de la competencia del Estado costarricense, se encuentra la implementación de medidas que atiendan las demandas de los diversos sectores sociales. Sobre este elemento, el Poder Judicial debe desarrollar políticas, planes de apoyo, trabajo coordinado en redes interdisciplinarias, conexiones inter e intrainstitucionales para poder brindar el abordaje necesario a las personas que requieran de su intervención.

13 Esta situación se afirma con lo que el Código Procesal Penal dispone en su artículo 7: ¨Los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas".

El Poder Judicial debe procurar restablecer la armonía social y, por eso, debe vigilar el cumplimiento y el respeto de los derechos y demandas de los y las habitantes, ya que la destinación de los recursos es concretada por medio del desarrollo de planes, programas, proyectos de capacitación, servicios de atención, entre otros. De esta manera, se involucra directamente en la resolución del conflicto social y en su atención en aras de garantizar la convivencia ciudadana.

Considerar el maltrato y la crueldad hacia los animales como una expresión de violencia en lo interno del seno familiar costarricense es una variable que permite dilucidar factores de riesgo, como precondiciones para el desarrollo de otras expresiones de violencia cotidiana. También las valoraciones psicológicas y psiquiatras forenses en estos casos juegan un rol muy importante de labor preventiva[14], especialmente en cuanto a la detección temprana de manifestaciones de violencia por parte de personas agresoras.

Resulta necesario identificar si, a partir del modelo de atención construido en el Poder Judicial para la atención de los casos de las personas en estado de vulnerabilidad, se percibe la conexión con el fenómeno de maltrato hacia los animales en el seno de la familia, las variables entre uno y otro, y si se da el tratamiento especial que ambos tipos de violencia requieren.

Lastimosamente, en estos momentos, el PISAV no cuenta con instrumentos de medición del riesgo de violencia que puede sufrir un miembro de la familia a través del maltrato o ejercicio de un acto cruel hacia una mascota que no se refleja en instrumentos de recopilación de la información ni de medición, por lo que es una faltante importante que deberá tomarse en cuenta.

14 Fernández D. (2013c). Entrevista al Dr. Franz Vega. Junio 18, San José, Costa Rica.

Hacia la ciudadanía, es necesario implementar políticas de prevención en el ámbito familiar y comunal que involucren la dimensión educativa y de alfabetización de los servicios; es decir, que es posible denunciar este tipo de acciones en las instancias judiciales respectivas. Asimismo, se debe enfatizar en la concientización y la sensibilización del personal interno del Poder Judicial, con relación a las graves consecuencias sociales y familiares que implica el maltrato hacia los animales.

Finalmente, es necesario profundizar e invertir en estudios que evidencien a nivel nacional las interrelaciones presentes entre la violencia contra los animales y la violencia contra grupos históricamente vulnerables como las mujeres, la niñez y las personas adultas mayores.

CONCLUSIONES

La conexión entre la violencia de los seres humanos y los actos de maltrato desplegados hacia los animales es un tema que a nivel científico ha sido demostrado al operar un desplazamiento de la violencia, la cual es un detonante de conductas agresivas o violentas hacia otros seres humanos.

La defensa de los animales es una demanda social y ha quedado demostrado que posee todas las características que la identifican como tal y no es un mero comportamiento colectivo, posee trascendencia y permanencia a través del tiempo, el cual no es producto de un comportamiento social temporal infundado en razones superfluas.

El maltrato hacia los animales es un fenómeno de carácter no solo individual, sino también social que puede expresarse como un factor de riesgo para el desarrollo de otras formas de violencia como la doméstica e intrafamiliar, por lo que debe ser tomado en cuenta a nivel de investigación e intervención por parte de las entidades competentes en general y del Poder Judicial en particular.

Se debe abordar en el Poder Judicial el tema en cuanto al tratamiento no solo para la víctima, sino también para la persona victimaria y se deben establecer redes de trabajo que involucren una red de actores interesados en la materia por cuanto la necesidad apremiante es generar un abordaje participativo, integral y efectivo de la problemática.

En tanto la política pública en justicia tenga como objetivo el desarrollo de relaciones sociales respetuosas de los principios y las normas sociales establecidas en la legislación nacional, es competencia del Estado la solución y la implementación de medidas que atiendan las demandas de los diversos sectores sociales. Así el Poder Judicial debe desarrollar planes operativos sobre este elemento que sirvan para abordar la situación de quienes acuden a solicitar un servicio y, de esta manera, batallar la cifra negra u oculta de casos que son reales en la sociedad, pero que no llegan a ser conocimiento del Estado.

Referencias

Asamblea Legislativa de Costa Rica. (1996). *Código Procesal Penal.* San José, Costa Rica.

Asamblea Legislativa de Costa Rica. (2013). *Acta de la Sesión Ordinaria n.º 27,* jueves 31 de enero. San José. Costa Rica.

Ascione, F. (1993). *Children who are cruel to animals: A review of research and implications for development psychopathology. In Cruelty to Animal and Interpersonal Violence.* Edited by Randall Lockwood y Frank Ascione. Ed. Purdue. United States of America.

Organización de las Naciones Unidas. (1996, diciembre 20). *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer.* Recuperado el 24 de octubre de 2014 de: http://www2.ohchr.org/spanish/law/mujerviolecia.htm

Fernández, D. (2013a). *Penalización de la violencia contra los animales domésticos en Costa Rica y sus posibles implicaciones dentro del Poder Judicial a raíz del voto constitucional 4260-2012 y los Proyectos de Ley N.º 18298 y N.º 18625.* Tesis para optar por el grado de Máster en Administración de Justicia, enfoque socio-jurídico, con énfasis en derecho penal. Universidad Nacional de Costa Rica. Heredia.

Fernández D. (2013b). *Entrevista a la magistrada Dra. Eva Camacho Vargas.* Mayo 25, San José, Costa Rica.

Fernández. D. (2013c). *Entrevista al Dr. Franz Vega.* Junio 18. San José, Costa Rica.

Hernández, N. y Vega, I. (2012). *Análisis del comportamiento de origen y sus consecuencias en la comisión de delitos violentos mediante el estudio de privados de libertad en el Centro de Adaptación Social Gerardo Rodríguez.* Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Criminología. Universidad Libre de Costa Rica, San José, Costa Rica.

Sala Constitucional de Costa Rica. (2012). *Voto Constitucional 4620-2012. Exp: 12-003343-0007 CO del 10 de abril.* San José, Costa Rica.

Zeller, M. (1990). *La protección jurídica del animal en Costa Rica. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho.* Universidad de Costa Rica. Sede Rodrigo Facio. San José, Costa Rica.

LA RESPONSABILIDAD "CULPOSA" DEL JUEZ Y DE LA JUEZA Y LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

M. Sc. Mario de Jesús Jiménez Aguilar [1]

ABSTRACT

This article will offer readers few guidelines about currently Costa Rican law systems of civil and disciplinary liability against judges due to their wrong judicial veredicts because of imprudence, in order to confirm those violate Constitutional and Conventional regulations and independence criteria. It will also propose some legal reformations to strengthen this prerrogative.

RESUMEN

Este artículo pretende dar a conocer a las personas lectoras, breves lineamientos sobre los regímenes actuales de responsabilidad civil y disciplinaria de los jueces y las juezas en Costa Rica en el marco del ejercicio de potestades jurisdiccionales por conducta culposa, su roce con el derecho de la Constitución y el principio de independencia judicial, ofreciendo las propuestas de *lege ferenda* que minimizan esa afrenta y que potencian dicha garantía ciudadana.

I. INTRODUCCIÓN

La adopción de un modelo político de *Estado democrático de derecho* supone la vigencia de un elenco de normas ordenador de la vida en sociedad, donde la resolución de los conflictos particulares encomendada en el juez o la jueza pretende evitar las venganzas privadas o "la justicia de propia mano". Se constituye, entonces, en una de las funciones esenciales del Estado para preservar esa

1 Máster en Administración de Justicia Penal, UNA; juez de tribunal de juicio.

convivencia social pacífica. En la concepción constitucionalista, los jueces y las juezas son servidores públicos y simples depositarios de la autoridad, con lo que se erige la idea necesaria de que son inobjetablemente sujetos responsables de sus actuaciones. Señalamos que es indiscutible, porque no se trata de cualquier expresión del Estado ante un requerimiento ciudadano, sino de problemáticas de fondo donde juegan –muchas veces- derechos fundamentales mínimos y, en cuyo contexto, debe reducirse la probabilidad de error al máximo, pues en caso contrario, se acabarían elaborando decisiones injustas con resultados lesivos.

Como resabio de la llamada "rendición de cuentas" contenido en el canon 11 de nuestra Carta Magna, se ubica el establecimiento de mecanismos de control interno que garanticen la eficiencia y la eficacia del servicio público que se presta y, dentro de este, la instauración de responsabilidades por mal funcionamiento de la Administración.

Ese comportamiento "anormal" o "irregular" en la función pública bien puede provenir de una conducta dolosa o culposa, siendo esta última la que interesa a los propósitos de este ensayo.

El actuar doloso genera *per se* una obligada respuesta reparatoria, y es el terreno de *lo culposo* donde mayores discusiones se han erigido por la *forma* en que se han redactado las normas que dan contenido a los actuales regímenes de responsabilidad del juez y de la jueza, así como por las interpretaciones extensivas por parte de los órganos de sanción, todo esto, frente a la garantía ciudadana de independencia judicial.

Partiremos entonces, como sustrato fáctico, del *error jurisdiccional culposo* cuyo nexo causal atiende a una *falta al deber de cuidado en el ejercicio de "administrar justicia"*.

Las preguntas obligadas serían entonces: ¿qué comprende el actuar culposo del juez o de la jueza como generadores de responsabilidad civil o disciplinaria? ¿Constituye el actual diseño normativo una afrenta al principio de independencia judicial?

Para responder a este cuestionamiento y demás temas afines, dividiremos este ensayo en tres acápites a saber: normativa vigente, los regímenes de sanción civil y disciplinaria de jueces y juezas frente a la independencia judicial y las propuestas de *lege ferenda* como remedio para maximizar la garantía de independencia judicial.

II. NORMATIVA VIGENTE

a) La Ley General de la Administración Pública constituye el marco normativo regulatorio sobre la naturaleza, competencias, funciones y responsabilidad de las personas funcionarias públicas. En lo referente a esta última, esta Ley indica en términos amplios que puede haberla por *conducta normal o anormal* de la Administración, siendo una de sus expresiones, las decisiones que sus servidores y servidoras tomen y que produzcan un menoscabo a intereses públicos subjetivos de los administrados. En cuanto a los jueces y las juezas, el llamado *error jurisdiccional* cabe dentro de la categoría de *conducta anormal,* y esto genera responsabilidad estatal e individual del servidor responsable en forma *solidaria*. El artículo 199 dispone en su parte primera –sobre la responsabilidad civil o indemnizatoria- que *"[…]* s*erá responsable personalmente ante terceros el servidor público que haya actuado con dolo o culpa grave en el desempeño de sus deberes o con ocasión del mismo, aunque solo haya utilizado los medios y oportunidades que le ofrece el cargo".* Empero, esta disposición no define qué debe entenderse por *culpa grave* en el ejercicio de la función pública. Cabe indicar que, desde el prisma estrictamente político, la redacción de conductas prohibidas de corte "abierto" maximiza las potestades de control y el ejercicio del poder sancionatorio. En sentido inverso, la categorización de cuáles comportamientos son prohibidos para el servidor de una manera clara y precisa reduce ese ámbito de control y, en consecuencia, se limita el poder público sancionador. Se encomienda luego a los operadores jurídicos la tarea de interpretar cuáles comportamientos y cuáles no "encuadran" dentro de un concepto que, desde el seno legislativo, figura como abiertamente *indeterminado*. En lo atinente a la responsabilidad disciplinaria, el legislador repite esta abstracción al instituir en la misma norma que *"[…] el servidor público estará sujeto a responsabilidad disciplinaria por sus acciones, actos o contratos opuestos al ordenamiento, cuando haya actuado con dolo o culpa grave, sin perjuicio del régimen disciplinario más grave previsto por otras leyes".*

b) Código Procesal Civil: el numeral 85 de este texto normativo sentencia en su parte primera que *"[…]cuando los funcionarios que administran justicia, en el desempeño de sus funciones,* ***infringieren las leyes****, la parte perjudicada podrá exigir responsabilidad contra aquellos, ante el superior inmediato de quien hubiere incurrido en la falta, sin que sea necesario que haya precedido proceso penal".* "Infringir las leyes" es un término todavía más abierto y abstracto, pues la vulneración de normas que el juez o la jueza debe aplicar al resolver un caso concreto puede abarcar infinidad de supuestos fácticos. Nuevamente, la deficitaria técnica legislativa *traslada* la función interpretadora de normas legales a los órganos de sanción civil. Ahora bien, ¿qué debe entenderse por *infracción a las leyes*? ¿Será acaso una errónea interpretación del orden jurídico aplicable o los yerros que puedan incurrirse en la valoración de las pruebas? De haber existido esa "infracción", ¿qué papel juegan las instancias jerárquicas de alzada en caso de que con su resolución aquella logre "enderezar" las actuaciones? Estas interrogantes (no solucionadas por el intérprete primigenio de la ley) bien pueden conformar una afrenta al principio de independencia de los jueces y las juezas, ya que la doctrina advierte, desde una perspectiva política, que esos sistemas bien podrían servir como mecanismos de control de las sentencias mediante el régimen de sanción civil, escenario sin duda alguna inadecuado dentro de una sana Administración de Justicia[2].

c) Código Procesal Penal: en el plano de la función penal, tanto el 271 como el 419 ambos del Código Procesal Penal reiteran como plataformas fácticas generadoras de responsabilidad, la actuación del juez o de la jueza con *dolo* o *culpa grave,* remitiendo además, a la normativa general de la Ley de la Administración Pública. En su primer párrafo, el 271 dispone: "*[…] El Estado deberá indemnizar a la persona que haya sido sometida, indebidamente, a una medida cautelar por un funcionario público que actuó arbitrariamente o con culpa grave en los términos del artículo 199 de la Ley General de la Administración Pública"*. Por su parte, el 419 alude que, si por causa

2 MIER y BINDER refieren sobre este particular que "[…] el tema de la responsabilidad civil del juez no es de fácil solución. En contra de su admisión suele alegarse: a) que en el momento en que la doctrina procesal se orienta a conceder mayor discrecionalidad al juez para mejor alcanzar los objetivos de la justicia penal, el reconocimiento de la responsabilidad civil ilimitada del magistrado puede operar en sentido disuasorio y paralizante; b) la dificultad de individualizar la responsabilidad los órganos colegiados; c) constituir un instrumento peligroso para sustituir a un juez incómodo que haya impuesto medidas estimadas lesivas para el afectado (limitación de la libertad personal, secuestros, etc.); d) asimetría de las consecuencias: las condenas aumentan el riesgo de responsabilidad; las absoluciones lo reducen […]. (Mier y Binder, 166).

de un procedimiento de revisión, se logra acreditar que el condenado recibió una sanción mayor a la que correspondía, el Estado debe indemnizar y, de forma solidaria, los jueces sentenciadores que hayan actuado con dolo *"[…] o culpa grave en los términos del artículo 199 de la Ley General de la Administración Pública".* En este caso, el legislador tampoco se ocupa de la inobjetable y necesaria tarea de explicitar cuáles son esas hipótesis, dejando esa tarea casi por la libre a la interpretación que los tribunales contencioso-administrativos realicen.

d) Ley Orgánica del Poder Judicial: en lo que atañe a la responsabilidad disciplinaria, aunque esta ley enmarca en varias categorías de sanciones (*leves, graves y gravísimas)* qué comportamientos son merecedores de punición*,* nos abocaremos solamente a los alcances del artículo 199 que es el enunciado que ha generado mayores problemáticas por la amplitud de su contenido y su indefinición legislativa. Este numeral indica que *"[…] Será rechazada de plano toda queja que se refiera exclusivamente a problemas de interpretación de normas jurídicas. Sin embargo, en casos de retardo o* ***errores graves e injustificados en la administración de justicia****, el Tribunal de la Inspección Judicial, sin más trámite deberá poner el hecho en conocimiento de la Corte Plena, para que esta, una vez hecha la investigación del caso, resuelva sobre la permanencia, suspensión o separación del funcionario".* (El énfasis no corresponde con el original). Como se aprecia, esta normativa especial no escapa a la indeterminación conceptual de las otras leyes invocadas, donde solo se varía el enunciado, pero mantiene intacta su esencia abstracta. Afirmar que es posible sancionar a un juez o una jueza cuando ha incurrido *"en un error grave e injustificado en la administración de justicia"* solo potencia ese espectro de acción del poder sancionador administrativo, en detrimento de las ya varias veces mencionada independencia judicial. En un sentido idéntico, con el que se criticó el término *"infracción a las leyes",* no existe una interpretación uniforme sobre qué escenarios fácticos pueden incluirse dentro de aquella frase. ¿Obedece a una equivocada interpretación de disposiciones aplicables? ¿Una errónea valoración de las pruebas? o ¿a una "equivocación" de la decisión en sí, tildándola como *"no ajustada a derecho"* o *lesiva de la imagen del Poder Judicial*?

III. LOS REGÍMENES DE SANCIÓN A JUECES Y JUEZAS CIVIL Y ADMINISTRATIVA FRENTE A LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

La independencia judicial lejos de constituirse en un "privilegio" de los jueces y las juezas como instrumento para soslayar la responsabilidad por sus actuaciones, se instituye como una garantía de todos los y las habitantes de la República de que el conflicto sometido a conocimiento de los tribunales de justicia será resuelto con observancia únicamente en el orden jurídico imperante, sin aviesas pretensiones de orden político o jerárquico (interno o externo) o de cualquier otro factor exógeno ajeno a los deberes de la persona juzgadora. Esta garantía tiene además rango convencional, incorporándose en instrumentos y resoluciones internacionales tales como el canon 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la Judicatura, adoptados en noviembre de 1985[3].

Pese a ello, nuestra tesis radica en que los regímenes de punición civil y disciplinaria, como están actualmente diseñados, se erigen como mecanismos legitimados que conculcan esa garantía. Oliva Blázquez ilustra esta preocupación al sostener que

> *[…] en primer lugar, se ha señalado que la mera posibilidad de exigir responsabilidad civil a los Jueces y Magistrados en el ejercicio de su potestad jurisdiccional encierra una paradoja innegable, ya que éstos vienen obligados inexorablemente a dictar sentencia, incluso en caso de oscuridad o ausencia de normas, por lo que resulta contradictorio que a continuación se le exija responsabilidad civil por sus resoluciones judiciales. También se afirma que la sacrosanta garantía de la independencia judicial, cifrada en la sumisión única y exclusiva al imperio de la ley, podría ponerse en peligro si al Juez se le amenaza o presiona con formas de responsabilidad civil*

3 La Convención Americana de Derechos Humanos sentencia que "[…] Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley […]". La Declaración Universal de os Derechos Humanos por su parte indica que "Toda persona tiene derecho, en condición de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal. Y la declaración de Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura, adoptados en noviembre de 1985, destacan en el apartado 1 que: "La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales o de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura".

que alteren la necesaria serenidad que precisa para dictar resoluciones con objetividad. Incluso, se ha dicho que el reconocimiento legal de un régimen de responsabilidad civil podría llevar a los ciudadanos usuarios de la Justicia a interponer demandas infundadas y absurdas, guiados principalmente por un ánimo de pura venganza frente a una sentencia que les resulte desfavorable. Finalmente, no debemos olvidar que el Juez se ve obligado a valorar pruebas confusas y hasta contradictorias, a interpretar normas oscuras o a resolver en ausencia de ley aplicable recurriendo al resto de fuentes del derecho, por lo que determinar el ámbito del comportamiento negligente, como presupuesto de la responsabilidad civil, en ocasiones puede tornarse una operación tremendamente compleja, especialmente a la hora de distinguir un simple error in procedendo o indicando de una conducta reprobable por falta de diligencia profesional (Oliva-Blázquez, 7).

En el modelo costarricense, la normativa de sanción civil y disciplinaria a jueces y juezas advierte el desconocimiento sobre los principios elementales de corte sustantivo que sí son resguardados para el derecho penal, haciéndose una distinción tajante con este último[4]. Se trata de principios que derivan de la Constitución misma (cánones 39 y 41) que son inobservados para los primeros.

Consideramos sin mayor miramiento que la condena restitutoria emanada de una sentencia civil o la revocatoria del nombramiento o la suspensión en el ejercicio del cargo de jueces y juezas de la República son expresiones del poder punitivo del Estado y, en ese contexto, *deben* necesariamente garantizarse las mismas garantías. Estos son:

a) Principio de legalidad criminal: es un límite al poder represivo del Estado frente a la mera voluntad del soberano característico de los regímenes autárquicos o dictatoriales, dejando en manos de la *voluntad popular* qué comportamientos merecen una sanción punitiva

4 Desafortunadamente la Sala Constitucional ya había zanjado este debate al sostener que "[…] el principio de tipicidad constituye un principio fundamental en la responsabilidad disciplinaria, pero no en la misma forma que en ámbito jurídico-penal, ya que los principios "nullum crimen sine lege", "nullum poena sine lege" no tienen la rigidez y exigencia que les caracteriza en el derecho penal sustantivo, por cuanto la actividad sancionatoria de índole penal y la de índole disciplinaria corresponden a campos jurídicos diferentes, y los parámetros de discrecionalidad que son propios del ejercicio de la potestad disciplinaria administrativa son más amplios que los de la potestad sancionatoria penal del Estado". (Sala Constitucional, voto n.º 1994-005594 de las 15:48 horas del 27 de septiembre de 1994).

y qué otras deben quedar fuera de su alcance, maximizando la libertad de la ciudadanía. Pero además, supone que esas conductas deben ser claras, precisas y "cerradas", esto es, que su contenido se baste a sí mismo para describir qué es lo que se pretende prohibir y así evitar interpretaciones divagantes. Carbonell Mateau señala que el principio de legalidad penal ejerce: "*[…] una doble función: la política, que expresa un predominio del poder legislativo sobre los otros poderes del Estado y que la convierte en garantía de seguridad jurídica del ciudadano y la técnica, que exige que el legislador utilice a la hora de formular los tipos penales cláusulas seguras y taxativas […] hoy […] el principio de legalidad tanto en su dimensión política cuanto en la técnica, alcanza la garantía indiscutible del ciudadano frente al poder punitivo del Estado y se traduce en […] los enunciados: no hay delito sin una ley previa, escrita y estricta, no hay pena sin ley, la pena no puede ser impuesta sino en virtud de un juicio justo, y de acuerdo con lo previsto por la ley y la ejecución de la pena ha de ajustarse a lo previsto en la ley y en los reglamentos […].* (Carbonell Mateau, 110-111).

b) Principio de reserva de ley, de taxatividad y prohibición de analogía: Derivados del principio general de legalidad penal suponen no solo la exigencia de que los comportamientos sancionables con alguna pena emanen del órgano legislativo, sino que dichas conductas deben ser descritas en forma clara, precisa y sin ambages, de tal manera que tanto la persona encausada como el ente sancionador sepan de previo y con absoluta claridad qué comportamientos de *hacer o no hacer* deben observarse y qué pena deriva en caso de incumplimiento. En cuanto a la prohibición de analogía, se procura además que entes punitivos no elucubren sobre la aplicación de una norma a un supuesto de hecho que no contempla esa disposición, aunque resulte similar en algunos de sus elementos. Es una forma de restringir las interpretaciones arbitrarias en la adecuación de una norma a un supuesto fáctico ajeno a los alcances de aquella o la solución de determinados asuntos en forma idéntica, por el hecho de asociar alguna similitud entre una hipótesis fáctica anterior y la que actualmente se examina [5].

5 Para Ferrajoli: "[…] en relación con la prohibición de analogía hay que distinguir entre las leyes penales dependiendo de que sean favorables o desfavorables al reo. La analogía está en efecto excluida si es in malam partem, mientras que se la admite in bonam partem, al estar dirigida su prohibición, con arreglo al criterio general del favor rei, a impedir no la restricción, sino solo la extensión por obra de la discrecionalidad judicial de la esfera legal de la punibilidad. De ello se sigue en términos más generales el deber de interpretación restrictiva y la prohibición de interpretación extensiva de las leyes penales [...]". (Ferrajoli, 382).

c) Ya hemos dejado entrever términos empleados por la ley que resultan abiertamente abstractos como *culpa grave, infracción a las leyes o error grave en la Administración de Justicia,* lo que desde todo punto de vista es desconocido en la redacción de "tipos disciplinarios" o en las normas fuente de responsabilidad civil de las personas servidoras públicas.

d) Principio de lesividad: supone ir más allá del mero ajuste de la hipótesis fáctica al contenido de una norma prohibitiva, sino que se trata de la exigencia a los operadores jurídicos para que estos realicen, además, un examen sobre la afectación de bienes jurídicos penalmente relevantes, lo cual se menosprecia tratándose de procesos disciplinarios a jueces y juezas. No es infrecuente observar "la imagen del Poder Judicial" dentro del elenco de "bienes jurídicos protegidos", la cual puede verse permeada de conceptos subjetivistas o culturales al momento de hacer ese análisis de "tipicidad", con lo que se amplía el ejercicio del poder represivo *dependiendo* de qué se considera, por lo que implica una alteración a esa "imagen". La jurisprudencia penal evoca sobre este el particular que

> *[…] no puede castigarse una conducta únicamente por su encaje en el tipo formal de peligro abstracto, si en el caso específico no se ha puesto en peligro algún bien jurídico, pues materialmente la acción ha de ser antijurídica. De tal manera, el fundamento para el castigo penal de las conductas, es la necesaria afectación de bienes jurídicos* […]. ***Por lo anterior puede afirmarse que aún encajando el hecho concreto en la previsión típica y tratándose de un delito de peligro abstracto, en donde lo castigado es la realización de la acción peligrosa, si se demuestra que en el caso concreto no hubo del todo afectación al bien jurídico, la conducta no sería punible […].*** (El énfasis es del original).

Estimamos en este apartado que el "encajamiento formal" de una norma en la hipótesis fáctica que se imputa al juez o a la jueza procesados –sea como responsabilidad civil o administrativa- debe trascender de esa formalidad y acreditarse una real afectación al bien protegido por aquella disposición normativa. Es decir, si indicamos que el juez o la jueza incurrió en *culpa grave o que infringió*

las leyes, debe acreditarse por la parte agraviada, un resultado lesivo de envergadura tal que justifique la sanción, porque "la sanción por la sanción misma" solo se convierte en un terreno propicio para que los jueces y las juezas puedan variar el contenido de sus criterios en casos donde han existido sanciones a otros de sus colegas, vulnerando con ello la independencia judicial.

IV. PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

Para conciliar la innegable y necesaria responsabilidad civil y disciplinaria de jueces y juezas con ocasión de las decisiones jurisdiccionales lesivas a intereses individuales sin conculcar su independencia funcional, se plantean las siguientes propuestas de *lege ferenda:*

1. Reformas al Código Procesal Civil costarricense

Se propone que el artículo 85 del Código Procesal Civil sea reformulado atendiendo los postulados del principio de tipicidad penal, para garantizar que el presupuesto fáctico como generador de responsabilidad civil sea un comportamiento concreto, cerrado, que limite el ejercicio interpretativo en los tribunales de la República. La propuesta sería la siguiente:

> *Cuando los funcionarios que administran justicia, en el desempeño de sus funciones,* ***infringieren las leyes****, la parte perjudicada podrá exigir responsabilidad contra aquellos, ante el superior inmediato de quien hubiere incurrido en la falta, sin que sea necesario que haya precedido proceso penal.* ***Se comprenderá como infracción a las leyes, toda resolución jurisdiccional que importe la aplicación o inaplicación de una norma jurídica de forma dolosa o que denote ignorancia supina del juzgador, entendida esta como los groseros errores en la interpretación o aplicación de normas jurídicas o valoración de las pruebas que evidencien un desconocimiento de las normas básicas o se aparten de parámetros elementales de razonabilidad y de lo cual pueda deducirse un perjuicio significativo, efectivo, evaluable e individualizable en detrimento de los intereses legítimos del interesado. En ningún caso, será motivo de responsabilidad civil, el ejercicio de interpretación jurídica***

cuando existan otras normas que resulten igualmente aplicables al caso concreto aunque causen un menoscabo en aquellos intereses. (La parte en sombra corresponde a la propuesta)***.***

Con esta propuesta, se procura dejar como presupuestos únicos de responsabilidad reparatoria las hipótesis de actuación dolosa y culposa, pero sumidas únicamente a la constatación de ignorancia extrema o supina, en cuyo caso es patente la *ineptitud* del juzgador o de la juzgadora para el ejercicio de sus competencias, nexo causal a su vez del dictado de una decisión jurisdiccional lesiva a intereses legítimos.

2. Modificación de los numerales 271 y 419 ambos del Código Procesal Penal

Se plantea que el artículo 271 del Código Procesal Penal sea reformado en los siguientes términos:

El Estado deberá indemnizar a la persona que haya sido sometida, indebidamente, a una medida cautelar por un funcionario público que actuó ***dolosamente o con ignorancia supina, entendida esta como los groseros errores en la interpretación o aplicación de normas jurídicas o valoración de las pruebas que evidencien un desconocimiento de las normas básicas o se aparten de parámetros elementales de razonabilidad y de lo cual pueda deducirse un perjuicio significativo, efectivo, evaluable e individualizable en detrimento de los intereses legítimos del interesado.*** *En estos casos, el funcionario será solidariamente responsable.* ***No será motivo de responsabilidad civil, cuando en el ejercicio de interpretación jurídica existan otras normas que resulten igualmente aplicables al caso concreto aunque causen un menoscabo en aquellos intereses.*** *También procederá la indemnización, solo a cargo del Estado, cuando una persona haya sido sometida a prisión preventiva y luego es sobreseída o absuelta con plena demostración de inocencia".* (La negrita corresponde a la propuesta de *lege ferenda).*

Se propone cambiar el concepto de “arbitrario” por *doloso* e introducir la necesaria existencia de un daño o perjuicio verificable. Además, se plantea el rechazo a la posibilidad de que ese tipo de responsabilidad surja con ocasión de la interpretación de normas o la valoración de las pruebas, en la medida en que existan alternativas jurídicas posibles de cuál disposición normativa aplicar o cómo valorar el acervo probatorio (principio de libertad probatoria).

Por su parte, el artículo 419 del Código Procesal Penal debe ser replanteado en los siguientes términos:

> *Cuando a causa de la revisión del procedimiento se reconozca un error* ***jurisdiccional*** *a consecuencia del cual el sentenciado descontó una pena que no debió cumplir o una mayor o más grave de la que le correspondía, el Tribunal que conoce la revisión podrá ordenar el pago de una indemnización a cargo del Estado y a instancia del interesado, siempre que este último no haya contribuido con dolo o culpa a producir el error. Los jueces que dictaron la sentencia revisada serán solidariamente responsables con el Estado cuando hayan actuado* ***dolosamente o con ignorancia supina, entendida esta como los groseros errores en la interpretación o aplicación de normas jurídicas o valoración de las pruebas que evidencien un desconocimiento absoluto de las normas básicas o se aparten de parámetros elementales de razonabilidad y de lo cual pueda deducirse un perjuicio significativo.*** *La reparación civil solo podrá acordarse a favor del condenado o sus herederos legítimos.* (La negrita conforma la propuesta de *lege ferenda*).

La pretensión es clara: el Estado va a responder siempre en casos de *error jurisdiccional,* pero solamente de manera solidaria, junto con la persona funcionaria pública cuando esta haya actuado con dolo o ignorancia extrema, lo que garantiza, sin duda alguna, la vigencia del principio de independencia judicial.

3. La Ley General de la Administración Pública

Art. 199 inciso 1) "Será responsable personalmente ante terceros el servidor público que haya actuado con dolo o culpa grave en el desempeño de sus deberes o con ocasión del mismo, aunque Solo haya utilizado los medios y oportunidades que le ofrece el cargo. ***En la función jurisdiccional sólo podrá invocarse como "culpa" grave", la ignorancia supina, entendida esta como los groseros errores en la interpretación o aplicación de normas jurídicas o valoración de las pruebas que evidencien un desconocimiento de las normas básicas o se aparten de parámetros elementales de razonabilidad y de lo cual pueda deducirse un perjuicio significativo, efectivo, evaluable e individualizable […].*** (La parte en sombra es la propuesta de *lege ferenda)*.

Creemos que, con esta propuesta, se gana en dos vertientes: a) se garantiza adecuadamente la independencia judicial y b) se reconoce el derecho de la ciudadanía a ser resarcido en virtud del *error jurisdiccional.* Solo aquellas valoraciones probatorias o aplicación de normas que se hagan de manera arbitraria o que del todo resulten irrazonables desde la perspectiva jurídica pueden dar lugar a una reparación civil con responsabilidad personal del juez y de la jueza infractores.

4) Artículo 199 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

Se presenta la siguiente propuesta de reforma:

Será rechazada de plano toda queja que se refiera exclusivamente a problemas de interpretación de normas jurídicas. Sin embargo, en caso de que la ***sentencia o decisión que resuelva por el fondo el asunto se fundamente en groseros errores en la interpretación o aplicación de normas jurídicas o valoración de las pruebas que evidencien un desconocimiento de las normas básicas o se aparten de parámetros elementales de razonabilidad y de lo cual pueda deducirse un perjuicio significativo, que sea efectivo, cuantificable e individualizable****, el Tribunal Disciplinario, resolverá sobre la permanencia,*

suspensión o separación del funcionario. ***Los órganos de sanción no podrán invocar esta causal ni impondrán sanción alguna cuando no exista lesión alguna a un interés jurídico relevante ni cuando la Ley aplicable ofrezca más de una solución para la decisión del caso concreto.***

De esta manera, se estima que, con este complemento, se reduce aún más la esfera de actuación de los órganos disciplinarios y, a la vez, se deja abierta la facultad de la ciudadanía de reclamar, en esa sede, el dictado de pronunciamientos jurisdiccionales que provocaron un menoscabo a sus intereses legítimos. De igual forma, creemos que se sustancia mejor con el ya tantas veces mencionado principio de independencia judicial, el hecho que se reduzca el tema de la responsabilidad personal de la persona servidora a la ignorancia supina, obstaculizando la esfera de acción del poder disciplinario cuando el objeto de lo reclamado aluda a la forma en cómo un juez o una jueza interpretó la ley o cómo valoró las probanzas en el caso concreto, cuando era también jurídicamente válida otra solución, según el ordenamiento.

V. CONCLUSIONES

1. El ejercicio del poder punitivo del Estado no puede limitarse exclusivamente al que se ejerce en el marco de la persecución criminal, pues las condenas civiles y las sanciones disciplinarias son también expresiones de poder sobre las personas destinatarias de las normas jurídicas a quienes afecta.

2. Los principios sustantivos que orientan la actividad represiva de los delitos (legalidad, lesividad, culpabilidad) constituyen un límite esencial al *ius puniendi* del Estado, como resabio del modelo político con inspiración democrática adoptado por nuestro país.

3. La independencia judicial, lejos de constituir un *privilegio* de los jueces y las juezas de la República, es una garantía ciudadana, ya que el conflicto jurídico-social donde la persona usuaria somete a conocimiento de los tribunales será resuelto por administradores de justicia, quienes no tendrán mayor sujeción que la Constitución y las leyes vigentes.

4. El principio de independencia judicial tiene asidero en la Constitución Política costarricense y en el bloque de convencionalidad, y los instrumentos más importantes son la Declaración de los Derechos el Hombre y del Ciudadano, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Declaración de Principios de Independencia Judicial de 1985.

5. Los jueces y las juezas de la República son servidores públicos y, con ello, son detentadores del poder jurisdiccional. Su naturaleza los hace sujetos responsables en razón de los pronunciamientos que, en el ejercicio de sus potestades públicas emanen, por lo que esa responsabilidad se hace extensiva frente a los daños y perjuicios cometidos a los intereses legítimos de la ciudadanía.

6. No resulta armónico con los postulados del Estado democrático de derecho instituir la *inmunidad* de los jueces y las juezas. Sin embargo, el diseño de los regímenes actuales de responsabilidad civil y disciplinaria contra las personas administradoras de justicia vulnera abiertamente la independencia funcional.

7. Los regímenes civil y disciplinario de sanción a las personas administradoras de justicia vulneran principios sustantivos generalmente reconocidos a los sistemas penales tales como el de tipicidad/taxatividad, prohibición de analogía y lesividad.

BIBLIOGRAFÍA

Carbonell-Mateau. Juan Carlos. (1999). *Derecho penal: concepto y principios constitucionales.* Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.

Ibáñez Perfecto Andrés. **(**2011). *La imparcialidad judicial y la independencia judicial***.** San Pedro Sula, Editorial Guaymuras, p. 40.

Ferrajoli Luigi. (1995). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal.* Madrid: Editorial Trotta.

Maier Julio y Binder Alberto. *El derecho penal de hoy.* Buenos Aires: Editorial Editores del Puerto, primera edición, 1995, p. 636.

Oliva-Blásquez Francisco . Responsabilidad civil de los jueces y magistrados por ignorancia inexcusable. *Revista para el Análisis del Derecho InDret*, Barcelona disponible en http://cijulenlinea.ucr.ac.cr

CÓDIGOS Y LEYES

Código Procesal Civil.

Código Procesal Penal.

Constitución Política de Costa Rica.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Declaración de Principios de Independencia Judicial. Asociación de Jueces por la Democracia. (2011). San Pedro Sula: Editorial Guaymuras.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Ley General de la Administración Pública.

Ley Orgánica del Poder Judicial.

Principios Básicos de Naciones Unidas sobre Independencia de la Judicatura (1985).

LA TUTELA JUDICIAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR VÍA DE AMPARO EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA

Dr. Ricardo Ant. Madrigal Jiménez *

ABSTRACT: This article aims to make a presentation on aspects of the Institute of protection of fundamental rights by way of protection, the constitutional court itself , but in its application within the administrative contentious, not on the basis of the implementation of the decision adopted by the constitutional court, but from the point of moving the non-exclusive jurisdiction in nature in cases where the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice determined the merits of such a case . To the right notes on this request and response, then on the injunction under possession of right (under law) are performed to conclude the basic topic of discussion. Coming to establish which aspects have full clarity and jurisprudential level and on the other seeks to outline a solution. Of course, perhaps the most important point of the first is that the institute is called the implementation of “amparo” before the Administrative Court and not solvable by ordinary mechanisms of procedural code of matter. This is not a thematic exhaustion, but rather seeks to find healthy discussions that allow to reach consensus.

Key word: Right of petition and response - amparo process - legality under - concentrated constitutional justice - the remedy through litigation in administrative - evolutions practices

RESUMEN: Este artículo pretende realizar una exposición sobre los aspectos del instituto de la tutela de derechos fundamentales por la vía del amparo, propio de la jurisdicción constitucional, pero en su aplicación dentro de la contenciosa administrativa, no sobre la base de la ejecución de la sentencia adoptada por el tribunal constitucional, sino desde la óptica del traslado de la competencia en carácter no exclusiva en aquellos supuestos donde la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha determinado la procedencia de tal supuesto. Para esto se realizan apuntes sobre el derecho de petición y respuesta, luego sobre el interdicto de amparo de posesión de

derecho (amparo de legalidad), para concluir el tema base de la discusión. Llegando a establecer cuáles aspectos ya presentan plena claridad a nivel jurisprudencial y sobre los restantes se procura perfilar alguna solución. Evidentemente, quizá el punto de mayor relevancia de los primeros es que dicho instituto es la aplicación del denominado recurso de amparo ante el Tribunal Contencioso Administrativo y no solucionable por los mecanismos ordinarios del código procesal de la materia. No se trata de un agotamiento temático, sino por el contrario procura buscar discusiones sanas que permitan llegar a consensos.

Palabras clave: Derecho de petición y respuesta - Proceso de amparo - amparo de legalidad - justicia constitucional concentrada - el amparo en vía contenciosa administrativa - Evoluciones prácticas

Introducción

A mediados del año 2008, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia nos sorprendió con un importante cambio en su jurisprudencia, cuando por primera vez y sin que se hubiera generado alguna variación en las normas que regulan su competencia, se habló de la posibilidad de que un tribunal común compartiera sus competencias. En este caso, la jurisdicción contenciosa administrativa recibió ese voto de confianza. El tema de la saturación que la jurisdicción constitucional presenta no resulta en nada novedoso; por el contrario, desde el mismo surgimiento del tribunal constitucional costarricense, hemos venido conociendo cómo las nuevas acciones de protección individual (en especial recursos de amparo) crecen aceleradamente. Se han planteado soluciones tendientes a crear una jurisdicción constitucional completa, con tribunales de instancia, así como la posibilidad de que el órgano pudiera actuar en secciones y en pleno. Pero hasta la fecha por uno u otro motivo, los proyectos no han pasado más allá de esto, de ser proyectos con poca o nula posibilidad de convertirse en una verdadera reforma en la materia.

Por el contrario, por medio del artículo trece de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, con relación al diez y al cuarenta y ocho de la carta fundamental, el órgano de la justicia constitucional parece haber generado un mecanismo lógico y eficiente, con mínima afectación al sistema jurídico, para permitirse liberar temporalmente del problema de la saturación en esa materia. Y si bien, se han escuchado

voces que reclaman por un principio de legalidad a ultranza, lo cierto es que el camino tomado parece ser la mejor solución ante la ausencia de un verdadero interés político del Poder Legislativo. Este pequeño artículo no pretende cerrar el tema a la discusión, sino por el contrario, trata de evidenciar los aspectos sobre los cuales parece que ya existe una adecuada claridad y presentar opciones de solución sobre aquellos que todavía podrían estar un poco más claros. Naturalmente, será el tiempo el que determine si sobre estos últimos, este servidor ha perfilado la mejor solución o por error descarte otra que habría podido otorgar un mejor camino. No puedo dejar de mencionar que unos y otros han generado polémica en la jurisdicción contenciosa administrativa que objetivamente no estaba mentalmente preparada para el cambio.

Para la estructura de análisis, se considerará primero lo relacionado al derecho de petición y respuesta, por ser sobre este tema en particular donde hasta ahora la Sala Constitucional se ha permitido otorgar competencia para la jurisdicción contenciosa administrativa; no sin antes advertir que a nuestro juicio existen otros múltiples temas sobre los cuales ya existe una sólida jurisprudencia constitucional que determinaría el cauce a seguir sin mayores cuestionamientos. Esos otros temas bien podrían ser trasladados por la misma vía a los juicios de legalidad del Estado en los próximos días.

En todo caso, al ser el derecho de petición y respuesta el inicio de lo que podría ser la punta del iceberg, resulta pertinente tratar los temas básicos que ya han sido definidos. Posteriormente, dedicaremos algunas líneas al proceso de amparo, según la regulación de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. De seguido, se considerará el antecede del interdicto de amparo de posesión de derecho (ordinariamente conocido como el amparo de legalidad), seguido sobre el tema de la concentración de la justicia constitucional y, de último, se considerará lo tocante a la migración de competencia ya señalada. El lector o la lectora no debe perder de vista que, con respecto a los primeros temas, estamos muy lejos de generar un agotamiento; mas por el contrario. lo pretendido es exponer las líneas básicas que informan la materia.

El derecho de petición y respuesta

El derecho de petición constituye la facultad que toda persona tiene para dirigirse, por escrito, a cualquier persona funcionaria pública o entidad oficial, con el fin de exponer un asunto de su interés. El derecho de petición se complementa con el derecho a obtener una pronta respuesta, pues el mero derecho a plantear la solicitud carece de sentido en la medida de que no exista la obligación de responderla. De nada serviría garantizar el derecho a que se presenten consultas (sin sanción para el peticionario) si de vuelta de correo no recibe una respuesta por más escueta que sea esta. El derecho de petición (y libertad a la vez) se fundamenta en el principio de que la Administración Pública no puede coartar el derecho de las personas administradas a dirigirse a los órganos públicos (Sala Constitucional, voto n. º 372-95).

Al final de su obra “Sobre la paz perpetua”, Kant elevó la publicidad de los poderes públicos a la categoría moral, señalando la máxima de que “son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados”. (Kant, 1998, p. 62). Asimismo, advertía que no hay que considerar este principio como un mero principio ético, sino que hay que tenerlo también como un principio jurídico, un principio que adoptaría sus primeras formas en la publicación de las normas como requisito ineludible para exigir su cumplimiento. Sin embargo, este principio ético y jurídico se ha topado y se topa con inercias contrarias. Así, como Weber indicaba: “[e]l gobierno burocrático es, por su misma tendencia, un gobierno que excluye la publicidad” (Weber, 1964, p. 746). En antaño, el secretismo no era una muestra más de la superioridad de la Administración frente a los administrados, como el maestro alemán señalaba. Como consecuencia de esta fuerza contraria a la transparencia y publicidad, la inercia histórica del Estado burocrático ha sido siempre la de la opacidad de la Administración frente a principio que Kant enunció.

La existencia de secretos *(arcana imperii*) ha sido desde un inicio una manifestación de poder, inicialmente como su instrumento. Como Schmitt recuerda, gracias a estos planes y prácticas secretos, se mantienen los derechos de gobierno (iura imperii). No obstante, siglos más tarde la información como conocimiento pasaría ya a percibirse no como instrumento del poder, sino como poder en sí, de ahí que se guardaría celosamente por los gobiernos, los cuales seguirían considerándose de naturaleza esencialmente secreta.

En buena medida como secuela tardía de la invención de la imprenta, con el liberalismo se inicia un proceso donde la información, como poder, debe quedar en manos de los gobernados como freno al gobierno. Si la información había sido primero un instrumento del poder, luego poder mismo, ahora pasará a independizarse de las estructuras de poder mismas y se convertirá ella misma en poder. Si con la soberanía del monarca, la información quedaba vedada a este y a sus secretarios, con la soberanía del pueblo y el constitucionalismo debía ampliarse el ámbito de la información y de la publicidad.

Así no debe extrañar el hecho de que las primeras manifestaciones de acceso a la información pública vengan reconocidas conjuntamente con la libertad de expresión e información. De ello es un buen ejemplo la legislación sueca ya del siglo XVIII. Sin embargo, salvo excepciones como la sueca, el acceso del pueblo a la información pública quedaría por largo tiempo mediada por sus representantes en las instituciones parlamentarias, encargados constitucionales de controlar al Poder Ejecutivo. De este modo, el paulatino proceso de reconocimiento de potestades de acceso a la información del Ejecutivo por parte del Poder Legislativo fue nota distintiva de los inicios de esta transparencia, consagrado desde un inicio el principio de publicación de las normas. Ahora bien, si por un lado los parlamentos accedían a la información del Poder Ejecutivo para poder controlarlo, por otro lado, como otro elemento imprescindible, había que darle la apertura de los parlamentos al pueblo.

La doctrina señala ahora que “todo el mundo que habla sobre la relación entre ciudadanos y gobierno, ciudadanos y administración, ciudadanos y legisladores, habla sobre transparencia”. Se usa en contextos monetarios, económicos, empresas y asociaciones, “todo el mundo está a favor de la ‘transparencia’, pero nadie sabe exactamente qué quiere decir con ello”.

A partir de allí, se generó la teoría de la casa de cristal, según la cual las actividades públicas resultan visibles desde afuera por todas las personas administradas; siempre bajo la lógica que salvo excepciones claramente determinadas la información es pública y no puede ser secreta. Como casa de cristal, la totalidad (o al menos la mayoría) de la función pública es escudriñable y verificable por cualquier persona interesada y, a partir de allí, puede adoptar las posiciones que resulten afines a sus intereses. Las personas

administradas no tienen la posibilidad de interferir de manera directa en la decisión política (al menos no por transparencia); pero pueden ser conocedoras y manifestar su inconformidad. Es un primer y básico paso dentro de la formación de la conciencia política de las personas.

Desde esta perspectiva, en la hipótesis de que la petición formulada no sea de recibo, o bien, sea jurídicamente improcedente, la Administración debe comunicarle por escrito el rechazo de su gestión a la persona interesada, con indicación expresa de las razones que lo motivan. Debe quedar claro entonces, que son dos temas totalmente diferentes, el derecho a la respuesta con relación a que esta deba ser afirmativa al interés del (de la) peticionario (a) (voto n.º 1502-91), pues como se viene señalando, se resuelve la gestión con estricto apego a la ley (en sentido amplio). Sobre el particular, el tribunal constitucional ha señalado lo siguiente:

> […] esa garantía se complementa con el derecho a obtener pronta respuesta, pero esto último no significa una contestación favorable -en otras palabras es el derecho a pedir y no el derecho a obtener lo que se pide [...] *(Sala Constitucional, voto n.º 887-93)*

En suma, el derecho de petición y pronta respuesta surge del principio general de justicia administrativa (como derivación de la jurisdiccional) pronta y cumplida que rige nuestro ordenamiento jurídico y establece dos obligaciones jurídicas para la Administración, a saber: 1) la de aceptar y recibir la petición y 2) la de contestarla en tiempo y forma. No puede omitirse indicar que el reconocimiento del principio llevó consigo la supresión de la errática práctica de la Administración Pública del rechazo *ad portas* de una gestión cuando esta resultaba improcedente a juicio del funcionario de la ventanilla. La respuesta -además de la obvia correspondiente a la gestión en específico que se está consultando- puede ser incluso el señalamiento de no poder dar respuesta por carecer de la información necesaria para esta o el de requerir un plazo adicional para cumplir adecuadamente esta obligación (voto n.º 2755-94), siempre y cuando este resulte razonable y no vuelva nugatorio el derecho.

En el caso de que la gestión presente requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico, la obligación de responder inicia a correr en el momento que estos se encuentren satisfechos; claro está, que eso no inhibe a la Administración Pública de prevenir a la parte -dentro de plazo razonable- sobre los requisitos omitidos. Naturalmente, el derecho tiene límites que han sido señalados en los temas de secretos de Estado, los secretos referidos a la seguridad y la defensa de la nación (son de naturaleza política), los secretos diplomáticos, los asuntos pendientes de resolución administrativa (únicamente en cuanto al contenido de esta) y los documentos que, conforme a la ley, son de naturaleza privada, no están cubiertos por el derecho de petición (Sala Constitucional, voto n.º 934-93). En este último plano, se ubican las informaciones correspondientes a la vida privada de las personas que solo pueden ser consultadas por esta misma (Sala Constitucional, voto n.º 880-90) o por una persona autorizada por esta, sin perjuicio de la obligación de responder informando esa situación y la posibilidad del requerimiento judicial.

Desde el plano meramente normativo, la carta fundamental reconoce el derecho en su artículo veintisiete, el cual literalmente señala lo siguiente: "*27.- Se garantiza la libertad de petición, en forma individual o colectiva, ante cualquier funcionario público o entidad oficial, y el derecho a obtener pronta resolución*". Como puede verse la norma establece un principio genérico y abstracto (propio del derecho constitucional), y la regulación legal ha sido la que permite tangibilizar el derecho, advirtiendo de antemano que esta integración de la norma con disposiciones infraconstitucionales no solo se aplica a este derecho, pues los supuestos que presentan el mismo paradigma son múltiples. Este aspecto es medular para justificar el apelativo de amparo de legalidad, el cual se le ha aplicado al instituto considerado; pero naturalmente se dedicarán más líneas posteriormente.

Ahora bien, no es lo mismo solicitar un dato que basta contrastarlo con los registros de la Administración Pública, con respecto a aquellas peticiones que requieren la conformación de la voluntad de la Administración. La redacción del artículo 32 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional explica tal situación:

32.-Cuando el Amparo se refiera al derecho de petición y pronta resolución, establecido en el artículo 27 de la Constitución Política y no hubiere plazo señalado para contestar, se entenderá que la violación se produce una vez transcurridos **diez días hábiles** desde la fecha en que fue presentada la solicitud en la oficina administrativa, sin perjuicio de que en la decisión del recurso se aprecien las razones que se aduzcan para considerar insuficiente ese plazo, atendidas las circunstancias y la índole del asunto (el resaltado no es del original).

De esa manera, el plazo al que dicho numeral se refiere corresponde a los supuestos de una petición pura y simple, pues como el mismo texto lo indica, refiere a supuestos donde el ordenamiento no ha señalado un plazo específico para resolver; en planteamientos de fondo, el plazo varía (Sala Constitucional, voto n.º 305-96).

Por otro lado, como la misma norma lo señala, esa disposición cubre todos aquellos supuestos donde el ordenamiento no señala un plazo diferente, abriendo aquí el espectro al bloque de legalidad y a los múltiples supuestos normativos que pueden existir para regular. Aun cuando debe señalarse que el plazo legal, desde la óptica de la razonabilidad y la proporcionalidad resulta adecuado, en el entendido de que si se fija uno diferente para norma infralegal, en cuanto este decrezca, no tendría ningún problema, pues simplemente obligaría a la eficiencia de la conducta administrativa, mientras que si lo incrementa, deberá llevar aparejado una adecuada justificación para no lesionar los alcances mínimos del derecho (Sala Constitucional, voto n.º 440-94).

Retomando el tema de los diferentes tipos de gestión, cuando no se trata de un solicitud de información pura y simple, debemos remitirnos a los numerales 260 y 261 de la Ley General de la Administración, el cual establece un plazo de dos meses para concluir el procedimiento administrativo y un mes para conocer de los recursos frente a este, advirtiendo de antemano la aplicación del silencio administrativo -en el supuesto de ausencia de respuesta-, no releva la obligación de responder la gestión.

Para establecer otros plazos, el ordenamiento faculta que incluso podrían ser mayores, en tanto no resulten abiertamente contrarios al principio constitucional de justicia administrativa propia que protege la materia. Se debe precisar que tanto la doctrina (Arias, 2001, p.

82) como la jurisprudencia han señalado que no existe un derecho a la constitucionalización de los plazos en materia de justicia pronta (tanto judicial como administrativa), sino que estos son un parámetro de referencia, siendo la resolución en tiempo razonable sobre la base de la complejidad del asunto el determinante para establecer el incumplimiento del principio o no (Sala Constitucional, voto 584-90).

Lo anterior reafirma el carácter de legalidad del derecho en consideración, pero la falta de planificación, los aspectos administrativos que podrían haber determinado la dilación (Sala Constitucional, voto 129-98) o, incluso, los problemas del sistema jurídico no resultan ser eximentes (Sala Constitucional, voto 550-98).

No puede dejar de mencionarse que la Procuraduría General de la República ha señalado reiteradamente que esos plazos son ordenatorios y no perentorios, lo que resulta cierto en la medida en que no precluyen la facultad de la administración de emitir el acto que corresponda, pero no en el sentido que pueden ser vulnerados por la mera desidia administrativa. No puede dejar de indicarse que la verificación del cumplimiento del parámetro constitucional lleva consigo el ejercicio de constatar el cumplimiento o no del cúmulo de normas de diferentes jerarquías, lo que muchas veces ha obligado a señalar que es un tema de legalidad. Sin embargo, el tribunal constitucional ha aceptado que conoce de esta materia para impedir negar el carácter constitucional al principio. A manera de corolario, la Administración está en la obligación de responder con la debida celeridad, pero no a respetar los plazos propiamente dichos.

El proceso de amparo

Su origen se ubica en el derecho mexicano, durante el siglo XIX, en una normativa sumamente amplia, al punto de que constituye la distinción y la característica jurídica de ese ordenamiento (Daza, 1973, p. 133). Para definirlo se indica que es:

> una acción sumarísima que garantiza a todo ciudadano el derecho de pedirlo, cuando se viola cualquiera de los derechos consagrados por la Constitución, con excepción del de libertad personal que se haya protegido especialmente por el Hábeas Corpus […]. (Daza Ordanza, 1973, p. 132).

Evidentemente, el problema más grande que esa definición presenta, al igual que todas aquellas que se han generado para este instituto, es su carácter negativo, lo que por sí constituye un error a la hora de definir (Camacho, 1988), pero procurar solventar ese problema escapa sustancialmente del tema que hoy nos trae, por lo que para efectos meramente meteorológicos, tendremos que aceptarla. La acción de amparo inicia ante la solicitud a la justicia de la protección urgente ("sumaria") de cualquiera de sus derechos individuales, cuyo ejercicio le sea desconocido o estuviera por serlo -en forma ilegal o arbitraria- ya sea por una autoridad pública o eventualmente por un particular en situaciones específicas (Anónimo, s. a. p., p. 1, *habeas*…).

Atendiendo a la naturaleza jurídica, el amparo ha sido definido históricamente como un recurso, tema sobre el cual resulta carente de consenso (Fonseca Alvarado, 1988, p. 104), pues como tal sería un medio de impugnación de una determinación, conocida en vía judicial que no corresponde necesariamente a un tribunal inferior. Se acuñó el termino de "recurso" en el fondo sobre la base de que se trataba de un procedimiento sumarísimo (Carvajal, 2006) y no considerando su naturaleza jurídica, propiamente dicha.

En tal razonamiento, son muy pocos los supuestos (a excepción claro está de la realidad mexicana) donde es posible catalogarlo como recurso, siendo lo más propio definirlo como acción, ya que se trata de un proceso judicial donde se conoce una determinación administrativa, se encuentre esta firme o no (Bidart, 1961, p. 287; Hernández Valle, 1978, p. 32).

En consideración a los efectos, la acción produce el cese inmediato del acto arbitrario o la lesión soportada, y cuando ya hay determinación administrativa, impide de forma definitiva la consumación de la violación. En caso de que el acto se haya cumplido, retrocede la situación al estado anterior de las cosas, lo cual muchas veces puede corresponder a una indemnización. Cuando la transgresión es de omisión, se ordena ejecutar la acción, así por ejemplo, frente al derecho de petición y respuesta, la sentencia estimatoria llevaría implícito ordenarle a la Administración que dicte el acto en un plazo determinado. Debe señalarse que la sentencia estimatoria implica adoptar los actos de ejecución que garantizan el pleno goce del derecho accionado, procurando volver las cosas a su estado original (González Pérez, 1957, p. 328).

En cuanto a los efectos jurídicos procesales declarativos, específicamente frente al instituto de la cosa juzgada, la situación varía de una realidad a la otra, siendo en algunos casos de carácter formal y en otros, material (González Pérez, 1957, p. 329). Incluso en algunas latitudes depende si se consideró el fondo de la pretensión (Bertolino, 1968, p. 61). En nuestro caso, en concreto, la regla es la cosa juzgada material sobre el punto objeto de disputa y no sobre los restantes, conexos o tangenciales.

Al realizar una defensa de los derechos y las libertades fundamentales, se constituye el mecanismo como una defensa misma de la Constitución Política (Vanossi, 1966, p. 273), aun cuando el tema no ha resultado feliz, si consideramos las manifiestas discrepancias de criterio al respecto entre la Sala Constitucional y la Sala Primera, ambas de la Corte Suprema de Justicia. La acción es considerada de carácter subsidiaria, en el sentido que se configura como un complemento de los sistemas procedimentales ordinarios (Figueruelo, 1986, p. 19), ya que de forma ordinaria, los sistemas deben establecer los mecanismos para garantizar los derechos constitucionales.

En la realidad nacional, el instituto del amparo no fue conocido hasta la Constitución Política de 1949, específicamente en el artículo 48, como medio de protección y tutela efectiva de los derechos fundamentales de los administrados contra los excesos del poder público (Alfaro Valverde, 1959). Al margen de las equivocadas interpretaciones en cuanto a que solo protegía los derechos individuales (Jiménez Soto, 1986, p. 117) o frente a la patología de la desviación de poder (Gutiérrez, 1985, p. 54), hoy podemos sostener que permite la protección de cualquier derecho fundamental, salvo aquellos reservados para el *habeas corpus*. Naturalmente, en cuanto presente afectación personal (Sala Constitucional, voto 4838-93).

Conviene a partir de aquí realizar la exposición de algunas de las particularidades de dicho instituto procesal, nuevamente no por un agotamiento temático que no vemos como algo lejano, sino para exponer las diferencias más evidentes con la legislación procesal ordinaria.

El texto de la Ley de la Jurisdicción Constitucional permite generar tres modalidades de amparo a saber: el amparo contra personas servidoras públicas, amparo contra sujetos de derecho privado y amparo para el derecho de rectificación y respuesta. Para los efectos de este pequeño artículo, interesa en particular la primera modalidad y, de manera residual, la segunda, y la última corresponde a un

tema que no resulta atendible en esta ocasión. El sujeto activo en los términos de la doctrina procesal (Calamandrei, 1973, p. 21) puede ser tanto la persona física como la jurídica, en cuanto sea víctima de la violación, amenaza u omisión por haber recibido perjuicio o por estar en inminente peligro de recibirlo en los términos del artículo treinta y tres de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, salvo el Estado (Burgoa, 1976, p. 299 y Sala…, voto 93-90).

Este aspecto resulta totalmente contrario a la jurisdicción ordinaria donde se exige la capacidad legal para poder ejercer directamente la defensa del derecho. Además en esta materia no es requisito acreditar el total de las calidades, pues la protección de la persona no puede estar subordinada a tales requerimientos. A esto se suma la ausencia de requisito del patrocinio letrado, por lo que no se requiere autenticación de ningún escrito. El denominado patrocinio vicariato viene a ser la regla en la materia, de suerte que no se requiere asistencia legal.

Como se adelantó en apartados anteriores, el órgano jurisdiccional a cargo de conocer la gestión es la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia conforme con el artículo diez de la Constitución Política y lo dispuesto por la Ley de la Jurisdicción Constitucional. El artículo once de la Ley de la Jurisdicción Constitucional dispone que le corresponde a la Sala en pleno dictar las sentencias y los autos con carácter de tales, los cuales deberán ser motivados. Así mismo, agrega que las demás resoluciones le corresponden al presidente o, en su caso, al magistrado designado para la instrucción. Este aspecto es vital, pues en la mayoría de las jurisdicciones (incluyendo la contenciosa administrativa), lo normal es que la sección a cargo solo resuelva en pleno y no de manera individual por cada una de las personas integrantes. Otro aspecto interesante, definido jurisprudencialmente, es lo atinente al incumplimiento de las prevenciones, las cuales en aplicación del artículo en comentario, se ha interpretado que la gestión se entiende desistida al cumplir ese tiempo sin la satisfacción de la prevención:

> De conformidad con la constancia extendida por la Secretaría de esta Sala, que corre agregada a folio siete del expediente, el recurrente no cumplió con lo ordenado en resolución de las quince horas treinta minutos del veintiocho de octubre del año pasado, en la cual se le previno que debía acreditar la calidad que dice tener, por lo que procede al tenor de lo dispuesto en el

artículo 35 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, archivar el expediente, toda vez que a pesar de que el recurrente tuvo pleno conocimiento de la prevención ordenada por el pronunciamiento de cita, no instó el curso del proceso dentro de los dos meses posteriores a su notificación, inactividad que hace suponer su falta de interés sobre el amparo. (Sala Constitucional, voto 219-95).

Este aspecto es vital en materia de petición y respuesta, pues en los últimos años, lo normal es que el tribunal prevenga a la parte acreditar copia del recibido de su gestión ante la Administración Pública, aspecto considerado al efecto como requisito de admisibilidad. De tal suerte que si no se cumple este requisito, lleva implícito optar por desistir de la gestión. Esta prevención no correspondería al pleno del órgano, al igual que aquella que le da curso a la gestión.

Atinente a la tramitación, el artículo treinta y ocho de la ley de cita establece que el gestionante expondrá "con la mayor claridad posible, el hecho o la omisión que lo motiva, el derecho que se considera violado o amenazado, el nombre del servidor público o del órgano autor de la amenaza o del agravio, y las pruebas de cargo". La corte constitucional costarricense ha incluso extraído estas consideraciones de aspectos especialmente vagos, bajo los principios de informalidad y acceso a la justicia. Resulta claro que el tema de la explicación del agravio se consolida como la base medular de la gestión (Sala Constitucional, voto 3352-95). En consecuencia de lo dicho, no es necesario realizar fundamentación normativa de la gestión, la cual puede ser suplida por la autoridad judicial, en cuanto la lesión sea comprensible.

En provecho del acceso al mecanismo, se establece en la ley una franquicia telegráfica y se han recibido gestiones por medio de fax. Si la gestión es omisa, la Sala previene los elementos faltantes so pena del rechazo de la acción, y presenta igual facultad cuando el objeto de discusión no corresponda a esa jurisdicción.

Debe indicarse que, en materia de actos negativos, no es viable –como regla de principio- la suspensión del acto administrativo, pues esta implicaría adoptar un acto positivo que viene a ser la pretensión de fondo del gestionante (Sala Constitucional, voto 162-I-97).

Entre las excepciones mencionadas, se establece el tema de la salud y cuando la sola tramitación de la gestión puede poner en grave peligro la vida del promovente, al igual que en materia ambiental (Armijo, 2005) obligan a ese efecto.

En caso de admitirse, se otorga un plazo de hasta tres días a la autoridad recurrida para el correspondiente informe, el cual se considera rendido bajo juramento, con las responsabilidades penales del caso. La falsedad del informe debe ser denunciado por el interesado ante el Ministerio Público, sin que pueda ser un tema de discusión frente la Sala Constitucional (Sala Constitucional, voto 2000-6879). Igualmente, se solicitará la documentación accesoria al caso.

Se supone que la rendición del informe constituye por sí un acto personalísimo del cargo, sin poderse rendir por apoderado u otro medio de representación (Sala Constitucional, voto 3484), máxime considerando las implicaciones penales que acredita; empero cualquier informe que no sea del jerarca será valorado. La Sala podrá realizar cualquier diligencia probatoria que estime necesaria; en algunas ocasiones. ha utilizado esta medida, máxime considerando que se trata de un tribunal de derecho y no de hechos. Ordinariamente, el valor otorgado a la declaración de la administración (declaración bajo juramento) es la base de la mayor parte de las determinaciones.

Si no se contesta en tiempo, se tendrá por allanada a la Administración Pública, al igual que si se constatan las bases de la acción (Sala Constitucional, voto 2411-94). Se tiene por no contestada la respuesta otorgada fuera del plazo (Sala Constitucional, voto 1999-4031), aunque eventualmente podría se valorada. De igual forma, la variación del contenido de la determinación administrativa recurrida genera una aceptación tácita y la correspondiente condenatoria (artículo 52 de la ley). Debe quedar claro que la condición de que se tengan los hechos por ciertos no determina necesariamente que la gestión resulte positiva al gestionante, pues eso se fundamentará en la valoración que se realice a partir de aquellos (Sala Constitucional, voto 5483-94). Si es negativa la respuesta, la Sala valora lo ofrecido por las partes y dicta su determinación con la correspondiente sentencia, la cual carece de todo recurso, salvo la solicitud de aclaración y adición.

La condenatoria llevará implícita la supresión del ordenamiento del acto cuestionado, además de la condenatoria en abstracto de daños y perjuicios a liquidar en la vía civil correspondiente. En su oportunidad, este tipo de condenatoria ya había sido criticado por la doctrina (Lazzarini, 1967, p. 350), la cual no fue atendida por el legislador; pero lo cierto es que resulta justificable por economía procesal, máxime considerando que la condenatoria es en abstracto lo que obliga a la parte a concurrir a la vía de ejecución de sentencia, pretendiendo acreditar el daño y el perjuicio sufrido (Almagro, 1989, p. 384).

Se debe evidenciar que la nulidad declarada por el tribunal no necesita convalidación alguna de la Administración, sino que lleva implícito la supresión absoluta del ordenamiento de la disposición. Por otro lado, si la sentencia estimatoria corresponde a una amenaza, la resolución ordenará el cese de la amenaza y la orden de evitar cualquier nueva amenaza, perturbación o restricción semejante.

Por último, el artículo cincuenta y tres obliga al cumplimiento de la determinación a cargo de la Administración “sin demora”, con la posibilidad de concurrir ante el superior administrativo en caso de incumplimiento, así como las responsabilidades penales que se puedan derivar.

El amparo de legalidad

La figura del amparo de legalidad o interdicto de amparo de posesión de derecho surgió en la realidad nacional a partir del artículo 357 de la Ley General de la Administración Pública en su redacción original antes de las modificaciones que el Código Procesal Contencioso Administrativo estableció.. Su texto es el siguiente:

Artículo 357.-

1.No será necesario agotar previamente la vía administrativa para accionar judicialmente, inclusive por la vía interdictal, contra las simples actuaciones materiales de la Administración, no fundadas en un acto administrativo eficaz.

2.En tales casos, la autoridad judicial podrá inclusive detener prima facie la actuación impugnada en la forma prevista por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para la suspensión del acto administrativo […].

Es necesario advertir que pese a que la norma está regulada desde 1978, presentó alguna vigencia a partir de principios de la década pasada (Costa Rica, OJ-009-96). Su nomenclatura se debió a que se consideró como un interdicto de amparo (al igual que el de derribo, reposición de mojones, etc. que vienen regulados en la legislación procesal civil), en cuanto la persona estaba disfrutando de un derecho que se veía amenazado intempestivamente, sin la existencia de una visible justificación válida. Claro está, el interdicto de amparo es sobre una condición fáctica (el hecho de la posesión), mientras que, en este caso, lo amparado era un derecho, por lo que se le ha denominado como amparo de derecho o de legalidad.

Como es conocido por regla general se realiza la actuación administrativa por actuación formal, siendo la material la excepción, salvo que entremos en el terreno minado de las conductas ilícitas. En pocas palabras, el instituto tenía relación poca o nada con la figura del amparo como mecanismo de protección de derechos fundamentales regulado por la Ley de la Jurisdicción Constitucional, aun cuando podría generar alguna protección con fundamento en el numeral treinta y cuatro constitucional, en cuanto la persona gestionante sufría una lesión a un derecho.

Si bien el empleo de las regulaciones procesales del interdicto presentaba alguna relación, es evidente que el interés era generar un mecanismo ágil y expedito a fin de evitar que se lesionara más el derecho por el solo transcurso del tiempo. Ese carácter sumario más la ausencia de la necesidad de agotar la vía administrativa en la práctica lo asemejaban con el amparo de la jurisdicción constitucional. Téngase presente que para aquel momento , solo se conocía el proceso ordinario o de conocimiento, y el legislador empleaba nomenclaturas impropias desde la óptica jurídica para establecer gestiones sumarias como “recurso” o “incidente”.

Así el amparo de legalidad como remedio procesal en materia administrativa era un mecanismo de carácter sencillo, rápido y efectivo que complementaba la opción de las medidas cautelares, ante supuestos de las vías de hecho de la Administración. Con ella se

facultaba a la persona juzgadora a ordenar la suspensión del acto ineficaz, evitando así que se aplique o continúe surtiendo efectos, ante las actuaciones materiales de la Administración no fundadas en un acto escrito válido y eficaz. La persona perjudicada podría bajo este supuesto plantear el caso en el trámite sumario de un interdicto ante el juez o la jueza de lo contencioso administrativo, sin necesidad de agotar la vía administrativa que, en aquel momento, era uno de los principales obstáculos para la jurisdicción contenciosa administrativa. Al respecto, la jurisdicción señaló en su oportunidad:

> Como se observa, la vía interdictal que contempla el artículo 357 antes transcrito, se limita a la impugnación de ACTUACIONES MATERIALES de la Administración o vía de hecho, sea en donde: a.-no existe acto administrativo que legitime o que fundamente la actuación material; b.- existe un acto administrativo válido, pero no sea eficaz, ejemplo, por no haber sido comunicado al administrado; c.- existe un acto administrativo válido y eficaz, pero la ejecución material no guarde la debida relación con él. La doctrina admite un cuarto supuesto de vía de hecho: d.- que exista acto y la actuación material se ajuste al mismo, pero el acto padece de tal ilicitud, que pierde su fuerza legitimadora. Sin embargo, no toda ilicitud del acto da lugar a la vía de hecho. Por ejemplo, una parte de la doctrina lo limita al uso de una competencia con aplicación indebida de la norma que la crea, en materia distinta de la legalmente prevista; otros a los casos en que el funcionario no actúa en ejercicio de una potestad administrativa ni en virtud de ninguna norma jurídica. “Ahora bien: tales expresiones pueden significar una de dos cosas o las dos: que el acto está viciado totalmente por falta o defecto de la competencia o de las condiciones para su adopción; o bien que el acto está gravemente viciado por cualquier otra infracción sustancial del ordenamiento. Esto último está desechado y la jurisprudencia se inclina claramente por el primer enfoque, restringiendo al máximo las hipótesis de vía de hecho, en beneficio de la jurisdicción administrativa. Ejemplos de lo primero son obviamente las usurpación de funciones (por quien no es servidor público), lo mismo que la incompetencia absoluta (por invasión de funciones legislativas o jurisdiccionales, o de otras administrativas radicalmente extrañas, por razón de la materia o del territorio [...][1]..

1 (Ortiz Ortiz, Eduardo. La vía de hecho y la jurisdicción contencioso administrativa. San José, Costa Rica, Litografía e Imprenta Lil, 1993). (Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto 306-2000).

En su oportunida, la Sala Constitucional se manifestó abiertamente en beneficio del instituto, de la siguiente forma:

.- Las dos posiciones antagónicas que provocan esta competencia se resumen de la siguiente manera : a) el Juzgado Segundo de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda sostiene que la vía interdictal (artículo 357 de la Ley General de la Administración Pública), es la vía legítima para tutelar los derechos fundamentales en los casos en que se suponga una vía de hecho administrativa, es decir, cuando se trata de simples actuaciones materiales de la Administración no fundadas en un acto administrativo eficaz; b) por su lado, la representación del Estado señala que la competencia de la Sala Constitucional, para conocer la materia de amparo, no puede ser compartida con ningún otro tribunal, según la relación de los artículos 48 de la Constitución Política, 2.a de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y 57.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y que en razón de ello, la violación de derechos que se acusa en el interdicto, no puede ser conocida en esa vía, sino ante la Sala Constitucional. // […] // Está claro que el Juez del orden común ostenta esa facultad, siempre y cuando los "precedentes" y la "jurisprudencia" constitucionales permitan el encuadramiento del nuevo caso sub judice, pues tal es el propósito de la norma contenida en el artículo 8.1, párrafo final, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. // V.- La Sala reafirma lo expuesto, a lo cual debe ahora agregar que, en tratándose de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y dado que ésta sí tiene competencia constitucional para conocer de la legalidad y, por ende, de la constitucionalidad de los actos y normas administrativos (artículo 49 de la Constitución Política), en este caso la prohibición de desaplicar por propia autoridad las normas constitucionales se limita a las de rango de ley formal, de manera que sí pueden-deben hacerlo con las de rango infralegal. // VI.- En consecuencia, y únicamente con las salvedades dichas, los tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa son competentes para garantizar directamente los derechos y libertades fundamentales frente a las vías de hecho y, en general, a los actos o normas de la Administración; competencia que les corresponde concurrentemente con la de amparo encomendada a esta Jurisdicción Constitucional y, desde luego, sin perjuicio de la supremacía de esta última y de la vinculariedad de sus precedentes y jurisprudencia. (Sala Constitucional, voto 3038-96).

En el juzgado contencioso administrativo, la figura tuvo una pobre eficacia, pues se vio permeada por la saturación que ya presentaba toda la jurisdicción; además de que su tramitación tampoco llevó implícito una condición preferente muy discutible que a la postre hacia inconveniente la opción. Máxime cuando el "recurso de amparo" permite *prima facie* la suspensión del acto administrativo. Con la promulgación del Código Procesal Contencioso Administrativo, se pensó que el instituto había cumplido su cometido histórico, pues la norma expresamente se reformó suprimiendo la posibilidad.

Sobre la concentración de la jurisdicción constitucional

Evidentemente, todas las acciones que realizan los diferentes órganos jurisdiccionales llevan incluido la aplicación del derecho de la Constitución en cuanto norma suprema y fundante del ordenamiento. Pero con el surgimiento de la jurisdicción constitucional en el mismo seno de la Sala de la materia, se generó una discusión sobre si el control difuso de constitucionalidad había desaparecido o se veía complementado con la nueva Sala (ver al respecto el voto de Sala Constitucional número 3035-96). El fundamento de la discusión se centraba en la vigencia del inciso primero del artículo ocho de la Ley Orgánica del Poder Judicial que permitía la desaplicación de normas cuando fueran abiertamente contrarias al marco constitucional. El tribunal llegó al final de cuentas a definir el punto de la siguiente manera:

> El artículo 10 Constitucional, en lo conducente, dice: "Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público..." Como se ve, el artículo consagra el principio de supremacía de la Constitución, y a la vez resuelve el tema conexo de definir a quién corresponde la preservación de ese principio. El texto, producto de la reforma de 1989, confirma la tesis de un sistema concentrado que ya venía consagrado constitucionalmente desde 1949 y a nivel meramente legislativo desde 1938. En opinión de este Tribunal, la norma constitucional otorga competencia para "declarar la inconstitucionalidad" de normas de cualquier naturaleza y actos sujetos al Derecho Público a un órgano que crea en ese acto: una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia, por cierto, la única Sala de la Corte Suprema de Justicia de

la cual se ocupa -y extensamente- la Constitución Política. El artículo, al menos en la parte supra transcrita, que es la que interesa a los efectos de esta sentencia, puede decirse que tiene notables diferencias con el texto que sustituyó y que venía desde 1949. Entre ellas, tenemos: a) crea un órgano especializado para conocer de la inconstitucionalidad, lo que luego la Ley de la Jurisdicción Constitucional denominará Sala Constitucional; // b) le otorga competencia universal para declarar la inconstitucionalidad, pues abarca normas de cualquier naturaleza y actos sujetos al Derecho Público; // c) ya no define la naturaleza de la declaratoria de inconstitucionalidad, como sí lo hacía el anterior artículo 10, que ligaba la inconstitucionalidad a la nulidad absoluta. Eso ha quedado ahora a la regulación de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que lo hace en sus artículos 88 y 91 al disponer que la sentencia que acoja la inconstitucionalidad es declarativa, por tanto anulatoria y con efecto retroactivo a la fecha de vigencia de la norma inconstitucional. // De ahí que el artículo 10 Constitucional y la Ley de la Jurisdicción Constitucional forman un indisoluble núcleo del sistema de control de constitucionalidad costarricense, en tanto ésta desarrolla lo mandado en aquél, y se hace prácticamente insuperable para cualquier otra normativa que intente penetrarla. Del artículo 10 actual se puede decir que no solamente ha creado una jurisdicción constitucional especializada, vedando claramente a la jurisdicción ordinaria el ejercicio compartido de aquélla, sino que también le ha otorgado un carácter concentrado en grado máximo, al reunir en ella una serie de competencias (hábeas corpus, amparo, inconstitucionalidad, consultas legislativas, consultas judiciales, conflictos entre Poderes, etc.) que por una parte, eran compartidas en el antiguo sistema por varios tribunales, y por otra, innovando competencias, que también se concentran en esta nueva jurisdicción constitucional. Por ello, el citado artículo 10 otorga una competencia exclusiva y excluyente a un órgano especializado, cuya composición ha sido también especialmente diseñada por el legislador constitucional. No puede echarse de menos, para encontrarle el sentido correcto a la citada norma, que el texto constitucional omita indicar que ningún otro tribunal podría pronunciar la inconstitucionalidad de normas y actos. Una exigencia de ese tipo enfrentaría la lógica jurídica. Por eso, en cualquier caso se debe entender que existe una clara y absoluta reserva constitucional en esta materia, que se convierte en materia no disponible para el legislador ordinario. ...El control de constitucionalidad en poder del juez ordinario sería posible

-acaso necesario, conveniente, útil y todo lo que se quiera- si no hubiera una regulación constitucional que expresamente atribuye esa competencia a un órgano calificado, creado por ella misma, como es la Sala Constitucional. Como se ha dicho, en forma resumida, esa posibilidad del control en manos diferentes al órgano constitucionalmente señalado, queda fuera del alcance de la ley ordinaria, pues la materia constitucionalmente regulada automáticamente escapa a su ámbito y rango de regulación, como también se ha escrito en el ámbito de la doctrina nacional. Esta es la verdadera reserva que la Constitución establece en materia de control de constitucionalidad. Por ese motivo, hablamos aquí ya no simplemente del principio de legalidad, sino específicamente del principio de legalidad constitucional, que es su versión más calificada y atendible. Ante tal reserva, constituiría un sofisma afirmar que el principio de supremacía constitucional lleva a que toda autoridad pública -y obviamente todo juez- tiene competencia para desaplicar las normas inconstitucionales, independientemente del alcance que se le otorgue a ese acto. // Por eso es importante señalar el desarrollo que la Ley de la Jurisdicción Constitucional ha hecho de esa reserva constitucional, cuando en su artículo 4) dispone: "La jurisdicción constitucional se ejerce por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia establecida en el artículo 10 de la Constitución Política". // Significa esta reafirmación, ni más ni menos, que no podemos entender en el sistema costarricense una jurisdicción constitucional compartida. Y entendemos que la jurisdicción constitucional equivale a justicia constitucional, es decir, son términos sinónimos, por lo que sería una especie de artilugio tratar de diferenciar entre una y otra para entonces legitimar la interpretación del artículo 8.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su mera literalidad. (Sala Constitucional, voto 1185-95).

Dicho criterio jurisprudencial llevaba implícita la existencia de un sistema concentrado que negaba la posibilidad de que cualquier otro órgano del Poder Judicial pudiera participar de la justicia constitucional en cualquiera de sus modalidades. Así la línea marcaba la idea de que habíamos pasado de un sistema americano de justicia constitucional a uno concentrado, negando la posibilidad de algún híbrido dentro de la estructura, salvo la invocación del carácter normativo de la Constitución Política que podía (a nuestro juicio debía) establecerse cuando fuera procedente y el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Sala de la materia.

No está demás agregar que la postura tenía el grave defecto de olvidar que la norma constitucional, ante todo es norma y como tal presenta una aplicación todos los días por parte de las autoridades jurisdiccionales (o al menos así debería ser). Pero en una justa dimensión, debe entenderse que el tribunal constitucional lo que señalaba era que la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma era resorte exclusivo de la justicia constitucional.

Los amparos en la vía contenciosa administrativa

Para el año 2008, la Sala Constitucional, variando su propia jurisprudencia en lo atinente a su esfera competencial, dispuso que cierto tipo de asuntos (como por ejemplo la resolución de reclamos administrativos dentro de los plazos establecidos por ley, incluyendo la fase recursiva) no debían ser cubiertos por el amparo constitucional común, sino que, por tratarse de aspectos de estricta legalidad, debían ser conocidos en la jurisdicción contencioso administrativa, siguiendo los principios de la Ley de Jurisdicción Constitucional. Al respecto dispuso:

> *En cuanto a este aspecto debe tenerse presente que, con anterioridad a la promulgación del Código Procesal Contencioso-Administrativo (Ley No. 8508 de 24 de abril de 2006) y su entrada en vigencia a partir del 1° de enero de 2008, este Tribunal había utilizado criterios amplios de admisibilidad para la protección de las situaciones jurídicas sustanciales que tienen asidero en el ordenamiento jurídico infra-constitucional o parámetro de legalidad, que guardan conexión indirecta con los derechos fundamentales y el Derecho de la Constitución, verbigracia, la inobservancia de los plazos legales o reglamentarias para resolver las gestiones y reclamos planteados a conocimiento de la Administración. No obstante, ante la promulgación de la normativa indicada, los justiciables cuentan con una jurisdicción contencioso-administrativa plenaria y universal, sumamente expedita y célere por los diversos mecanismos procesales que incorpora al ordenamiento jurídico esa legislación. De este modo, la verificación de si la administración pública (en este caso, la Caja Costarricense de Seguro Social) cumple o no con los plazos pautados por la Ley General de la Administración Pública (artículos 261 y 325) o las leyes sectoriales para resolver el reclamo planteado, es una cuestión de legalidad ordinaria que puede ser discutida y resuelta ante la jurisdicción contencioso-*

administrativa con la aplicación de los principios que nutren la jurisdicción constitucional […]. (A modo de ejemplo, puede verse el voto n.º 16837-2008 de las 12 horas 54 minutos del 7 de noviembre de 2008).

Se debe señalar que la exclusión de materias para el conocimiento del tribunal constitucional o la inclusión temporal ha sido la tónica en los tribunales constitucionales europeos (Armijo, 2005) y, en algún momento, ha tenido aplicación nacional, como en los supuestos de amparos por régimen de pensiones que se dieron a principios de la década pasada, donde inicialmente la Sala Constitucional permitió el recurso de amparo, y una vez que había definido su posición -y sintió que estaba sustituyendo a la jurisdicción laboral ordinaria- remitió a la jurisdicción común.

Se trata en efecto de la aplicación del principio de autoconstricción o autolimitación de los tribunales, donde en materia constitucional su aplicación se magnifica, de suerte que si el tribunal constitucional se dispone a resolver todos los conflictos de las diferentes materias, en virtud de que existe una norma, un valor o un principio constitucional involucrado, absolvería la jurisdicción ordinaria.

De esta manera, en áreas del derecho donde existe una adecuada regulación legal, el ingreso de la justicia constitucional es tangencial, esporádica y puntual; una vez definido el punto, se deja el tema para el conocimiento de la jurisdicción ordinaria. Es importante traer sobre el mismo tema las aclaraciones realizadas en resoluciones contemporánea a aquellas:

NUEVA JUSTICIA ADMINISTRATIVA MECANISMO CELERE Y CUMPLIDO PARA LA PROTECCIÓN DE SITUACIONES JURÍDICAS SUSTANCIALES DE LOS ADMINISTRADOS. *Finalmente, sobre el agravio que expresa el amparado, en relación con el atraso que ha sufrido el trámite de su gestión, debe tener en cuenta que la Sala Constitucional, desde su fundación, ha utilizado criterios amplios de admisibilidad en vista de la ausencia de cauces procesales expeditos y céleres para la protección de las situaciones jurídicas sustanciales que tienen asidero en el ordenamiento jurídico infra-constitucional o parámetro de legalidad, que guardan conexión indirecta con los derechos fundamentales y el Derecho de la Constitución.*

Sobre el particular, no debe perderse de perspectiva que la Constitución por su supremacía, súper-legalidad y eficacia directa e inmediata da fundamento indirecto a cualquier situación jurídica sustancial imaginable de las personas. No obstante, bajo una mejor ponderación y ante la promulgación del Código Procesal Contencioso-Administrativo (Ley No. 8508 de 24 de abril de 2006) y su entrada en vigencia a partir del 1° de enero de 2008, ha quedado patente que ahora los justiciables cuentan con una jurisdicción contencioso- administrativa plenaria y universal, sumamente expedita y célere por los diversos mecanismos procesales que incorpora al ordenamiento jurídico esa legislación, tales como el acortamiento de los plazos para realizar los diversos actos procesales, la amplitud de la legitimación, las medidas cautelares, el numerus apertus de las pretensiones deducibles, la oralidad –y sus subprincipios concentración, inmediación y celeridad-, la única instancia con recurso de apelación en situaciones expresamente tasadas, la conciliación intra-procesal, el proceso unificado, el proceso de trámite preferente o "amparo de legalidad", los procesos de puro derecho, las nuevas medidas de ejecución (multas coercitivas, ejecución sustitutiva o comisarial, embargo de bienes del dominio fiscal y algunos del dominio público), los amplios poderes del cuerpo de jueces de ejecución, la extensión y adaptación de los efectos de la jurisprudencia a terceros y la flexibilidad del recurso de casación. Todos esos institutos procesales novedosos tienen por fin y propósito manifiesto alcanzar la economía procesal, la celeridad, la prontitud y la protección efectiva o cumplida de las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados, todo con garantía de derechos fundamentales básicos como el debido proceso, la defensa y el contradictorio. En suma, la nueva jurisdicción contencioso-administrativa es un cauce idóneo, por sus nuevas características de simplicidad, celeridad y prontitud para el amparo y protección efectiva de las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados en las que se requiera recabar prueba o definir algunas cuestiones de legalidad ordinaria.[…].Es evidente que determinar si la administración pública cumple o no con los plazos pautados por la Ley General de la Administración Pública (artículos 261 y 325) o las leyes sectoriales para los procedimientos administrativos especiales, para resolver por acto final un procedimiento administrativo –incoado de oficio o a instancia de parte- o conocer de los recursos administrativos procedentes, es una evidente cuestión de legalidad ordinaria que, en adelante, puede ser discutida y resuelta ante la jurisdicción contencioso- administrativa con la

aplicación de los principios que nutren la jurisdicción constitucional, tales como los de la legitimación vicaria, la posibilidad de la defensa material –esto es de comparecer sin patrocinio letrado- y de gratuidad para el recurrente. Consecuentemente, se impone el rechazo de plano e indicarle al gestionante que si a bien lo tiene puede acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa. (Sentencia de Sala Constitucional número 18553-2008, y en el mismo sentido. la número 2008-003272, entre muchas otras).

Evidentemente, la posición de la Sala Constitucional generó desconcierto en la jurisdicción contenciosa administrativa al momento de emitirse los primeros pronunciamientos. Como bien es conocido en la jerga legal, en todas las materias, es normal la existencia de una disposición legal que regule si un tema es propio de esa materia o de otra, normalmente le corresponde a una Sala de la Corte Suprema de Justicia o a esta misma, dependiendo de cuál es el órgano común de ambas.

A la hora de resolver ese tema en materia constitucional, se estableció en el canon siete de la Ley de la Jurisdicción lo siguiente: "***ARTÍCULO 7.-*** *Le corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional resolver sobre su propia competencia, así como conocer de las cuestiones incidentales que surjan ante ella y de las prejudiciales conexas*". La lógica de la norma era sencilla, tratándose de asuntos cuya competencia podía ser del tribunal constitucional, es este quien define si le corresponde resolverlo o, por el contrario, es propio de otra jurisdicción. Es una norma clara tanto en su redacción como en su deliberación, aplicada de una forma extraña por la Sala Constitucional para señalar que ese órgano jurisdiccional podía realizar una delegación de sus competencias legales en beneficio de otros órganos de idéntica naturaleza, con la posibilidad incluso de recuperar la competencia delegada en el momento que lo tenga a bien. Se trata de una reforma legal al cuerpo normativo, pero no cumple el trámite constitucional al efecto, por demás repudiable el mecanismo.

De manera manifiesta, se estaban remitiendo esas materias a la jurisdicción (las de petición y respuesta), pero aplicando una serie de principios que si bien resultaban propios de la nueva resolución normativa, nunca llegaban al extremo de los beneficios de la jurisdicción contenciosa administrativa. Las determinaciones no establecían cuál era el marco legal que debía utilizarse.

Así en las primeras reuniones del Consejo de Jueces del Tribunal Procesal para conocer el tema (Costa Rica, Consejo, 2009), optó por considerarlo como un proceso preferente, al amparo del numeral sesenta del Código de la materia. La justificación era manifiesta, se estaba presentando la gestión ante la supuesta transgresión de un derecho fundamental y, consecuentemente, se requería otorgarle una solución al caso con celeridad más que manifiesta con respecto a los otros tipos de proceso.

Pretender aplicar el trámite de la Ley de Jurisdicción Constitucional estaba descartado, más que todo por la posibilidad del patrocinio vicariato, permitiendo que personas que no conocían del proceso contencioso pudieran concurrir a estrados. Igualmente, el tratamiento implicaba que correspondía presuntamente a la conducta omisiva de la Administración y, como regla, se consideraba el proceso como de puro derecho. En pocas palabras, se le estaba otorgando todo el tratamiento propio de un proceso lo más célere posible; pero siempre enmarcado dentro de los mecanismos y condiciones propias del recién promulgado Código Procesal Contencioso Administrativo, salvo en algunos aspectos muy puntuales como se verá. Estábamos incuestionables frente a un unicornio, con características anómalas.

En ese marco, la resolución integrada por el seno de una sección del tribunal consideraba la procedencia de la gestión (desde la óptica de los parámetros indicados) y otorgaba el traslado de quince días a fin de que la Administración dispusiera el acto administrativo solicitado por la parte. Se debe señalar que, para tales efectos, la jurisdicción aplicó un híbrido en el entendido de que no se exigió el patrocinio letrado, se aplicó el principio de la informalidad de la gestión y los demás caracteres propios de la vía de amparo ante la Sala Constitucional, aunque para efectos formales, se estaba utilizando la normativa del Código Procesal Contencioso Administrativo (Costa Rica, Procuraduría, 2008).

En caso de que se recibiera respuesta por parte de la Administración, se archivaba la gestión, independientemente del contenido de esta y del tiempo que hubiera transcurrido para aquella fecha, en la medida que la lesión había cesado y que la disconformidad se volvía de fondo y debería conocerse eventualmente en proceso de conocimiento con trámite ordinario. En caso de no contestar, en cinco días adicionales a los quince iniciales, la Procuraduría debía contestar la gestión y defender el acto omisivo dispuesto. Claro está, allí surgía un nuevo problema, en principio el proceso se tornaba de fondo, y era posible que la parte promotora se encontrara en indefensión frente a la Administración, quien estaba debidamente asesorada, adoptando como recomendación el Consejo de Jueces

que correspondería a la sección valorar la situación en casos muy calificados requerir el correspondiente patrocinio letrado. (Costa Rica, Consejo, 2008).

De lo aportado por la representación estatal, se otorgaba audiencia por cinco días a la parte actora y se dictaba sentencia con la posibilidad de acreditar el correspondiente recurso de casación contra este, advirtiendo que la Sala Primera no compartió la existencia del recurso de casación en estos supuestos, al considerar que se debían aplicar los principios de única instancia propios de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (Costa Rica, voto 58-A-S1-2009).

De esta forma, se desprende con facilidad que, por construcción jurisprudencial (de rango constitucional), se transfirió a la jurisdicción ordinaria (en este caso a la contencioso administrativa), el conocimiento de una serie de asuntos donde el aspecto de fondo no atenta, al menos en forma directa, contra un derecho o principio constitucional, pues se mantiene residenciado en el estricto marco de la legalidad común.

Sin embargo, por la particularidad de dicha infracción y por la relevancia que se le ha otorgado, se asigna a los tribunales de lo contencioso bajo la óptica de un proceso célere en un trámite que mezclaba la normativa de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y del mismo Código Procesal Contencioso Administrativo, como híbrido en cuanto permita el avance de la gestión. De allí surge la denominación coloquial que a este particular proceso se ha otorgado: “amparo de legalidad”, como en su momento se denominó el instituto que establecía la Ley General de la Administración Pública.

Debemos detener el avance hasta acá, para realizar una aclaración necesaria. El amparo de legalidad en su concepción original era un mecanismo de protección ante la omisión ilegítima de la Administración. , En este caso, la figura surgida distaba mucho de aquella, pues lo único que se garantiza es el derecho de petición y respuesta. Si bien la Sala Constitucional señaló en su oportunidad que todos los cómputos de la legalidad ordinaria seguirían la misma suerte, hoy más de cinco años después, el señalamiento no ha tenido ningún efecto real y se encuentra todavía en tinta de los magistrados y las magistradas de la Sala Constitucional. Por tanto, llamar

al actual instrumento amparo de legalidad se torna especialmente presuntuoso, para lo que en definitiva protege, pero en un lenguaje coloquial, la jerga legal continúa utilizando ese término.

Retomando el tema de la regulación normativa, evidentemente se está concurriendo al principio de plenitud hermética del ordenamiento. Pero hasta allí no llega la novedad del instituto, pues posteriormente la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia dispuso:

> Por ende, en su momento se optó por adecuarlo a las figuras contenidas en el Código Procesal Contencioso Administrativo, y por estimarse el más célere, se acudió al artículo denominado "Proceso de Trámite Preferente" contenido en el artículo 60 de ese cuerpo normativo. Así se han venido tramitando y resolviendo un sinnúmero de asuntos de este tipo, incluyendo, por supuesto, el que ahora nos ocupa. No obstante, por interpretación de esta Sala, en múltiples resoluciones se ha negado a estos procesos el recurso de casación, contra lo cual se muestra inconforme la señorita procuradora en los términos que anteriormente se han sintetizado. // **III.-** Sin embargo, luego de nuevo estudio, este órgano colegiado estima necesario reconducir el instituto o figura del amparo de legalidad, a efecto de establecer las reglas correctas en las que deben ser tramitados. En realidad, la figura del "juicio preferente", no se aviene a la naturaleza misma de este tipo de procesos, pues sea como fuere, el procedimiento o trámite previsto en el numeral 60 de cita, está incardinado en el modelo de conocimiento (plenario), con requisitos, etapas y recursos incompatibles con la sumariedad e informalismo del amparo de legalidad. De allí que en la estructura normativa del Código Procesal Contencioso Administrativo no está ningún régimen o vía en las condiciones propicias para albergar este tipo de asuntos. En tal caso, la laguna del ordenamiento infraconstitucional debe ser colmada mediante las reglas usuales de integración del bloque de legalidad; lo que nos obliga, **en el caso en estudio, a aplicar analógicamente las reglas del recurso de amparo que se tramita ante la Sala Constitucional, es decir, la Ley de Jurisdicción Constitucional, con sus reglas, plazos y principios.** A más de la congruencia que como sistema tiene, es clara la intención de la propia Sala Constitucional de que así fuera, tal y como puede verse con facilidad en el segundo de los

votos transcritos. "*Es evidente* –dijo- *que determinar si la administración pública cumple o no con los plazos pautados por la Ley General de la Administración Pública (artículos 261 y 325) o las leyes sectoriales para los procedimientos administrativos especiales, para resolver por acto final un procedimiento administrativo –incoado de oficio o a instancia de parte- o conocer de los recursos administrativos procedentes, es una evidente cuestión de legalidad ordinaria que,* ***en adelante, puede ser discutida y resuelta ante la jurisdicción contencioso- administrativa con la aplicación de los principios que nutren la jurisdicción constitucional, tales como los de la legitimación vicaria, la posibilidad de la defensa material –esto es de comparecer sin patrocinio letrado- y de gratuidad para el recurrente.*** (El destacado no es del original). Así las cosas, queda de manifiesto que, el mismo no estará sujeto a mayores formalidades, como tampoco lo están los amparos que conoce la Sala Constitucional. Importa aclarar sin embargo, que en esa misma integración normativa, podrá acogerse aquellas del Código Procesal Contencioso Administrativo, que aceleren, beneficien o permitan concluir de mejor manera el diferendo o la lesión producida, como es el caso de las reglas previstas para la conciliación o las que se prevén para la subsanación de la inactividad administrativa. // **IV.-** Como corolario de lo anterior, resulta claro que el amparo de legalidad, tramitado y resuelto bajo la normativa y principios de la jurisdicción constitucional, será resuelto por sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo en única y última instancia, lo cual no significa otra cosa que carece de ulterior recurso y particularmente de casación.- (Voto 879-A-S1-2009 de las ocho horas cincuenta minutos del veintisiete de agosto de dos mil nueve de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia).

En consecuencia, sentimos que el tema ha llegado a un nivel donde existe plena claridad sobre su contenido, así como que el monopolio de la jurisdicción constitucional se ha roto en beneficio de la jurisdicción contenciosa administrativa, en el tema del derecho de petición y respuesta (sin perjuicio de que se puedan ampliar posteriormente sus contenidos). De esta manera, ese tipo de pretensiones puede (diríamos nosotros debe) ser conocido en la contenciosa administrativa, bajo las normas de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y no bajo el Código Procesal Contencioso Administrativo.

Así las fuentes normativas de la gestión que se conocían en el 2008 variaron en el 2009, desde el Código Procesal hasta la Ley de la Jurisdicción tuvieron un cambio importante. Todo esto sucedió sin una modificación de orden legal. Naturalmente, podrán aplicarse principios de la jurisdicción para integrar el ordenamiento, en la medida que faciliten y den cause a la gestión; pero nunca para entorpecerla. Evidentemente, para resolver el fondo de la gestión, deberán emplearse además de las normas constitucionales y legales que rigen la materia, la jurisprudencia del mismo tribunal constitucional que para el caso presenta efecto *erga omnes,* en tanto es la Sala y no la jurisdicción contenciosa administrativa quien emana jurisprudencia con tal nivel de vinculancia jurídica. Lo anterior procede, sin perjuicio, claro está, de que en aquellos aspectos que podrían resultar novedosos, el tribunal constitucional reclame para sí la competencia que le resulta propia, y sobre la cual no existe una renuncia.

Antes de proseguir, sí debemos reiterar con absoluta claridad que no compartimos que se generen reformas legales al ordenamiento, sin la existencia de una ley en sentido formal, aprobada por el órgano legislativo, tal y como la misma Constitución Política lo dispone. Comprendemos que desde hace casi quince años, la Sala Constitucional le ha indicado al cuerpo legislativo que urge una reforma legal para poder cumplir sus cometidos a partir del volumen de expedientes que conoce. Pero esto no le permite asumir competencias constitucionales que están reservadas para otros poderes de la República.

Sobre el mismo tema, pero en otro orden de ideas, es evidente que la reforma se ha pegado de manera reiterada, pues las estructuras de poder reniegan de las limitaciones al ejercicio del poder político que han tenido que partir de la justicia constitucional, lo que ha llevado aparejado que cada vez que se presenta un proyecto que pretende solventar la saturación de expediente, se le incluya una serie de propuestas tendientes a reducir las competencias del tribunal constitucional costarricense. Este segundo tema es mucho más complejo, entraba la discusión e impide que se generen acuerdos. Se trata de un círculo vicioso, pues mientras un grupo político no esté en el poder, las facultades de la Sala Constitucional son acordes con un Estado democrático, liberal y social de derecho.

Pero en la medida que se asume el banquillo contrario, ese órgano no permite gobernar como ellos quisieran. Evidentemente, se genera una desconfianza en cuanto a lo que podría generarse en una reforma constitucional y legal a la justicia constitucional. En dicha línea, la posición de delegar, pues es eso lo que se está haciendo, parece ser el mal menor, pues no se han afectado las competencias básicas de la justicia constitucional costarricense. Aun cuando reiteramos que no estamos de acuerdo con el mecanismo.

De este cambio normativo, tenemos varias consecuencias, entre las cuales podemos evidenciar: A) La normativa base es la Ley de la Jurisdicción Constitucional y no el Código Procesal Contencioso Administrativo. B) Las determinaciones de trámite deberían ser asumidas por la jueza o el juez presidente para el caso dentro de la Sección del Tribunal Contencioso y no para la sección en pleno, la que en principio solo emitiría las determinaciones de fondo, lo que incluye la típica prevención de la copia de la gestión para computar el plazo. Consideramos este aspecto importante, porque debe otorgar mayor celeridad en la medida que no requiere ni siquiera votación en lo interno. C) La prueba que se recabe deberá buscarse que sea de manera concentrada y oral, pues es uno de los principios de la jurisdicción que resultan rescatables para este nuevo procedimiento. Al respecto se debe recordar que el sistema por audiencias es lo conocido en la jurisdicción contenciosa y ha demostrado ser un excelente mecanismo para otorgar celeridad a los procesos y asegurar una decisión más transparente. D) Por la transversalidad de la oralidad en el contencioso administrativo, además de la promoción del mecanismo generada por el Poder Judicial, debería procurarse que las sentencias sean emitidas por escrito, pero explicando a la parte de manera oral las bases de la decisión, siempre en la medida de lo posible, pues la forma no puede limitar el fondo. Lamentablemente, se están emitiendo las resoluciones de manera escrita. Sentiríamos que en los supuestos donde se reciba prueba, casi que sería una obligación adoptarla de esa manera. Al respecto, es evidente que la Sala Constitucional solo de manera ocasional ha empleado este procedimiento, posiblemente por la saturación que presenta; pero en la jurisdicción contenciosa se ha procurado que sea la regla, como medio primigenio de comunicación humana y mecanismo de celeridad procesal. E) Deberá fundarse la determinación que se adopte en la forma en que la Sala Constitucional ha interpretado las disposiciones, pues el efecto de vinculación que el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece obliga tal interpretación. F) La resolución del caso carece de todo recurso, salvo la posibilidad de

la aclaración y adición que no son recurso desde la óptica de su naturaleza jurídica. G) Pese a ser en única instancia las resoluciones adoptadas con este procedimiento presentan cosa juzgada material en cuanto al tema de la existencia o no de la lesión constitucional, así como a los derechos reconocidos a partir de esta, sin que puedan ser conocidos por la vía del proceso de conocimiento contencioso administrativo, al igual que las sentencias de la Sala Constitucional no lo pueden ser.

En cuanto a los aspectos posteriores a la resolución de la gestión como tal, existen también varios efectos prácticos que deberían considerarse, a saber: 1) Pareciera ilógico que, en estos casos, se emita una ejecución de sentencia para este trámite, pues estando el expediente ante el mismo órgano que debe ejecutarlo, no parece tener sentido. No debe ser la sección del tribunal, sino los jueces y las juezas ejecutoras los llamados a cumplir esa función, a nuestros ojos se torna como algo intrascendente, pues en ambos casos dependen del tribunal que es el órgano jurisdiccional competente. Lo propio debería orientarse a remitir el expediente completo de una parte del tribunal hacia otra. Incluso, sería más un trámite de ejecución de sentencia propia del tribunal que foráneo. 2) Para la ejecución, se aplicarían los principios propios del contencioso administrativo, pues serían las normas que le otorgan sustento. Se debe señalar que si bien la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece un procedimiento de ejecución para los temas no liquidables, consideramos que el voto del tribunal constitucional abiertamente se inclina por señalar que el Código Procesal resulta ser más exhaustivo y eficiente sobre la materia y orienta que esa instauración tendría sustento constitucional. Claro está, si por algún motivo, el proceso debía ordinariarse, simplemente se realizaban las prevenciones necesarias y, a partir de allí, se realizaba el proceso como de conocimiento y no como de amparo.

No puede dejar de mencionarse que la determinación integrada de las Sala Primera y Constitucional lleva implícito un voto de confianza hacia la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en cuanto va a aplicar adecuadamente la línea de la jurisprudencia en esa materia y encaja dentro del proyecto de reforma que tímidamente el Poder Judicial ha promovido en los últimos años.

Se debe advertir que, en la medida que la determinación vaya adquiriendo firmeza y consolidación, consideraríamos innecesario proseguir con la reforma, pues se ha conseguido el fin perseguido de liberar en algo la saturación que el tribunal constitucional presenta,

con la ventaja de evitar un manoseo innecesario de una reforma a la jurisdicción constitucional por parte de la Asamblea Legislativa. No podemos más que reiterar lo señalado en otro foro (Madrigal, 2008) de lo inconveniente que sería generar una discusión que promueva reformas en la materia, cuando el tema pueda verse repercutido por algún vaivén político.

Obviamente se debe suponer que otras materias también podrían migrar en los próximos días, en la medida que la jurisdicción contenciosa cumpla con el mandato expuesto por las Salas involucradas. Se debe indicar que, en la medida que la migración no sea exclusiva a petición y respuesta, permitirá liberar la justicia constitucional de la saturación que ahora presenta. Ya existen muchas materias donde la posición jurisprudencial ya está clara y podría permitir al tribunal constitucional dedicarse a otros temas donde la posición no resulta tan clara como se quisiera. De hecho durante los últimos dos años, se ha referenciado la posibilidad de que todos los procesos que tengan que ver sobre el debido proceso frente a administraciones públicas podrían pasar a la jurisdicción contenciosa administrativa por el mismo mecanismo en cualquier momento. Pero esa posición no ha tenido un verdadero sustento a la fecha. Por cierto, se debe considerar que los temas de petición y respuesta migrados deberían ser solo aquellos supuestos donde la Administración Pública sea la recurrida y no otros poderes de la república, para evitar injerencias indebidas en las relaciones de poderes.

Otro aspecto que ha variado es lo referente a la etapa de conciliación. Dentro de los procesos de amparo no existe etapa de conciliación, mientras que, en el proceso contencioso administrativo, sí lo existe. En el híbrido que se ha formado, se ha permitido la generación de este instituto. Ahora bien, cuando una persona concurre con una acción de amparo, lo normal es que han transcurrido meses y hasta años antes de atreverse a presentar la gestión, y otro tanto importante, se está dando en la notificación de la gestión. Después de eso llegan a la etapa de conciliación, donde la Administración normalmente ofrece hacer lo que siempre debió haber cumplido, a saber, dar respuesta a la gestión.

Así con tal de recibir alguna solución a su gestión, es aceptado por los y las promoventes de manera ingenua. Esta aceptación de partes lleva a la consecuencia de que se archive el expediente sin especial condenatoria en costas. La acción ilegitima de la Administración de no responder en tiempo queda impune en esos casos. Reiteramos que es una situación lamentable.

Por otro lado, también nos preocupa que se realice el traslado de la gestión tanto a la Administración presuntamente infractora como a la Procuraduría General de la República (en híbrido) y para permitir una defensa más técnica del Estado. Esta decisión es jurisprudencial y en integración de las normas ya expuestas. Ese aspecto determina que la última notificación, en tanto es de domicilio conocido, se da de manera más ágil, aun cuando normalmente no determina que la lesión constitucional concluya. No es posible ubicar la justificación de esa doble comunicación a no ser por la batería de profesionales en la Procuraduría General de la República que pretenden evitar la condenatoria del ente público. Los aspectos que se lograron al inicio, pero de manera reciente, los datos estadísticos sobre los incumplimientos por parte del Ministerio de Educación Pública en materia salarial y del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en lo referente a pensiones, han demostrado que, en una franca tranquilidad, ambas dependencias saben que incumplen sus cometidos legales, pero se limitan a contestar que no tienen condiciones materiales para solventar la situación a corto o mediano plazo.

Otro tema por demás complejo se ubica en lo referente a la conciliación. La jurisdicción constitucional no consideró la posibilidad de conciliación, por varios motivos, en primer lugar, para 1989, el instituto todavía se encontraba en pañales y era mal visto, por lo que el Código Procesal Civil incluyó la figura con posibilidad de ser renunciada por las partes.

Por otro lado y no menos importante, la persona que concurre en defensa de sus derechos constitucionales está afrontando una transgresión grave y manifiesta a uno de los derechos pilares de la existencia misma del Estado. En esa inteligencia, no es lógico pensar en retrasar ni un día, la solución del conflicto, pues si la Administración hubiera pretendido no lesionar al particular, pudo haberlo hecho o enderezado su conducta en cualquier momento. La justicia contenciosa administrativa incluyó una etapa de esta naturaleza, como una forma que las partes resuelvan por ellas mismas sus controversias, de una forma más barata y ágil.

Si bien el Código Procesal Contencioso Administrativo representó un salto cuantitativo y cualitativo en la justicia administrativa, lo cierto es que siempre se requieren varios meses para obtener una sentencia que resuelva el conflicto, tiempo que se ve reducido con la conciliación. El viejo adagio nos recuerda que es menor un mal arreglo que un buen pleito. Con la implementación del amparo de legalidad

por petición y respuesta, es normal que el ente procurador solicite una audiencia de conciliación, lo que normalmente es aceptado por la persona afectada, pues necesita una respuesta a su solicitud. Esa situación ha generado audiencias masivas de conciliación que, en primer orden, incrementan exageradamente y, de manera irreal, los acuerdos que de esta naturaleza se están dando efectivamente (lo ordinario que ninguna administración concilie).

Es normal ver a los jueces y las juezas de trámite emitiendo una resolución en formulario o por gestión (comúnmente llamada machotera), donde solo se varía el nombre del gestionante, aceptando la conciliación. Por cierto este documento , carece de valor agregado, pues bien podría ser realizado por un mero auxiliar (revisado por la persona juzgadora de manera ulterior) o de manera oral y el tiempo sobrante utilizado por la jueza o el juez conciliador en otras labores de orden jurisdiccional, ayudando así a que los expedientes tengan una resolución más pronta.

En segundo lugar, el ofrecimiento del Estado es ordinariamente el mismo, otorga un plazo de varios meses (a manera de ejemplo tres) para responder la gestión, lo que después de una espera tediosa e indefinida, en muchos casos de años, es normalmente aceptada por la persona interesada. Si se da la respuesta en ese tiempo, se archiva el expediente, sin condenatoria en costas, daños y perjuicios (lo que en el fondo implica que el actor debe asumir los suyos) y la Administración queda como si nunca hubiera lesionado el derecho de petición y respuesta de un particular. En caso de que no se genere la respuesta, se reabre el proceso, para continuar hacia una sentencia que muy probablemente ordenaría resolver la gestión, otorgando un nuevo plazo para que se cumpla la orden judicial, pero en ese caso, con condenatoria en daños, perjuicios y costas. Sin mayores esfuerzos, el mecanismo sirve para burlar los derechos de los y las habitantes, a partir de la necesidad ajena, motivo por el cual repudiamos también esta figura.

En el plano meramente administrativo, podrían realizarse solamente dos recomendaciones para poder permitir una adecuada aplicación del interés expuesto por el máximo órgano de la justicia constitucional y el principio constitucional de tutela judicial efectiva. En primer término, consideramos pertinente que en lugar de que la Sala Constitucional dicte el archivo de la sumaria ante ellos e incite

a la parte a presentarlo ante la jurisdicción contencioso administrativa, vemos más conveniente la remisión directa de la sumaria para su conocimiento.

Se debe tener en cuenta que muchas gestiones que se resuelven por la vía optada actualmente no son presentadas, posiblemente por el desconocimiento de la sociedad civil, mientras que la remisión directa permitirá seguir el cause ordinario sin mayores afectaciones hacia las personas interesadas. Se evita así la sensación de que se está cerrando una puerta ante la Sala, sino que existe una variación competencial únicamente. Además se está generando otra falacia en materia estadística, cuando se ordena el archivo, para los efectos de la Sala Constitucional el expediente está resuelto y procede su archivo, aumentando los datos de resoluciones adoptadas. En la realidad el conflicto subsiste, y no debería indicarse un dato que no es cierto.

Por otro lado, resultaría pertinente designar –administrativamente– una sección (o varias) del tribunal para el conocimiento de esas nuevas causas como una forma de especialización, lo anterior en la medida que el volumen de sumarias lo justifique. Esa situación permitirá conocer el avance del instituto y una especie de especialización. Si bien como se verá, en la actualidad se trabaja de esa manera, en ocasiones anteriores, no ha sido de esa manera. Es mejor clarificar el tema, de una vez por todas.

Por último, resultaría conveniente la posibilidad de considerar la existencia de un recurso de casación ante la Sala Constitucional en relación con las decisiones de la justicia contenciosa administrativa como órgano de la justicia constitucional, cuando sus resoluciones se aparten de la línea jurisprudencial previamente fijada.

Etapas administrativas

El instituto en la jurisdicción Contenciosa Administrativa ha presentado tres niveles claramente identificables, los cuales conviene inventariar. No sin antes evidenciar que la gran ventaja de que la delegación de tramitara por este mecanismo tan anómalo evitó los nombramientos a dedo de las personas que ocuparon esos cargos, pues se trataba de personas servidoras de carrera. Además, no fue necesario incrementar la planilla administrativa de forma considerable, al utilizarse la ya existente, obviamente con recargo en sus

funciones. En todo caso, las etapas son las siguientes:

A) Disgregación de los expedientes dentro de todas las secciones: La idea en aquel momento es que los expedientes eran turnados en orden riguroso entre todos los jueces y las juezas de juicio, quienes fungían para todo efecto como jueces y juezas de trámite, al ser visto como procesos preferentes. Una vez que estaba listo para el dictado de la sentencia, se pasaba a la sección y la misma persona juzgadora instructora era la ponente. El defecto que tenía este método se centró en que los jueces y las juezas lo vieron como trabajo de poca relevancia, con el único interés de completar su estadística. Eso llevó a retrasos importantes e injustificados. El ejemplo más vivo es que se declararon con lugar dos amparos ante la Sala Constitucional en resolver amparos de legalidad con retrasos de muchos meses. En este momento, se dan el híbrido normativo y el patrocinio letrado para los casos donde el asunto se ordinariaba, pero no se dan las conciliaciones masivas. No está demás indicar que la disparidad jurisprudencial no tenía nombre para ese momento.

B) La segunda etapa se ubica en la centralización de los amparos en una sola sección de juicio: Que se especializaba en la materia, con una cuota mínima de cien expedientes de fondo, más el trámite de todos aquellos expedientes turnados para permitir que llegaran a sentencia. Se convirtió en una cámara con poco trabajo y, tanto interna como externamente, subvalorada. Es en este momento cuando surgen las conciliaciones masivas ya expuestas, al extremo que más del setenta y cinco por ciento de los casos se conciliaba. Se siguieron manteniendo el doble traslado y el patrocinio letrado cuando el asunto se complicaba.

B) La última etapa consiste en la conformación de un grupo de jueces y juezas de trámite para conocer de la gestión. Las personas juzgadoras de juicio son jueces 4, en este caso se tomó a jueces 3, con la indicación de que el asunto no resultaba tan complejo ni ameritaba el desperdicio de recursos. Básicamente es semejante a la etapa anterior. Las cuotas han crecido, y se continúa trabajando por gestión, para poder abarcar la mayor cantidad de casos posibles. Igualmente, opera la figura de la conciliación en los términos expuestos. Siendo este el fenómeno que se mantiene hasta el día de hoy,, no está demás en señalar que si bien el tema resulta relativamente claro desde el punto de vista jurisprudencial, eso no ha impedido que se generen soluciones diversas, ante la variación de personas juzgadoras.

Dos aspectos resultan claramente criticables en la materia: por un lado, la presentación de la Procuraduría General de la República y, la segunda, la existencia de una etapa de conciliación. En cuanto a la primera, se debe señalar que se le da trámite a la gestión ante el órgano accionado y frente a la Procuraduría General de la República, lo que genera una doble notificación frente al Estado. Con la primera comunicación, normalmente al órgano procurador, le da tiempo de comunicar a la otra oficina que si algo puede resolver de la gestión para que el recurso sea rechazado, que debe realizarlo. Si bien esta oportunidad no se aprovecha en la gran mayoría, lo cierto es que tenemos una doble notificación a una parte.

Por otro lado, con respecto a la conciliación, los procesos se pasan a una etapa de conciliación, normalmente en audiencias masivas, donde, normalmente el o la representante estatal lo que ofrece es dar respuesta a la gestión pendiente y solicita noventa días adicionales para cumplir su labor. Es decir, la persona afectada ya presentó su gestión, esperó hasta que su paciencia llegara al límite, luego se vio en la obligación de soportar los tiempos del trámite necesario y, aprovechándose de la parte más débil, le ofrece dar respuesta en noventa días adicionales. No está demás indicar que, en varias ocasiones, no cumple con el plazo solicitado.

El trámite de la Ley de la Jurisdicción Constitucional solo prevé dar trámite a la gestión y verificar si la respuesta se ha dado o no, y en caso de que se haya dado, debe verificar, si fue en tiempo. Si no existe respuesta, la condenatoria es casi automática y, si se hubiera dado, la gestión se convierte en un reclamo de daños y perjuicios al amparo de la ley de la materia y del principio consagrado en el artículo setecientos del Código Civil. En este caso, la balanza se inclina nuevamente de forma ilegítima a favor de la Administración, lo, que debería variarse.

Por último, se debe indicar que si la gestión no es de petición y de respuesta pura y simple, automáticamente se convierte en proceso de conocimiento contencioso administrativo y, con ello, se pierde el patrocinio vicariato.

A manera de conclusión

Nuevamente debemos reiterar que el instituto es novedoso y que todavía no han transcurrido los años suficientes para poder hacer un verdadero análisis de la perspectiva de lo ocurrido. Consideramos positiva la medida, aun cuando renegamos que no sea mediante reforma legislativa. Como ya lo hemos indicado en ocasiones anteriores, si la desconfianza hacia el órgano legislativo lleva a desconfiar a cualquier reforma a la justicia constitucional, este podría ser un mecanismo sencillo y poco oneroso para resolver el diferendo.

BIBLIOGRAFÍA

Alfaro Valverde, Roberto, (1959). *El recurso de amparo*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica.

Almagro Nosete, José. (1989). *Justicia constitucional.* Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Valencia, España, Editorial Tirant Le Blanch, 2 edición.

Anónimo (s. a. p.). *Habeas corpus.* En http://www.monografias.com/trabajos/habeas/habeas.shtml, consulta realizada el 20 de abril de 2006.

Anónimo (s. a. p.). *Habeas corpus: garantía de la libertad*. En http://www.monografias.com/trabajos15/habeas-corpus/habeas-corpus.shtml, consulta realizada el 25 de septiembre de 2004.

Arias Villalobos, Karla y Herrera Alfaro, Ana Gabriel (2001).. *La justicia pronta y cumplida en Costa Rica.* Tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho de la Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. Costa Rica.

Armijo, Gilbert. (2005). Conferencia en la Universidad Estatal a Distancia, sobre cambios y logros en la jurisdicción constitucional. Segundo semestre del 2006.

Bertolino, Pedro. (1968). *La cosa juzgada en el amparo*. Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot.

Burgoa, Ignacio. (1976). *Derecho constitucional mexicano*. México, Editorial Porrúa, 2 edición.

Carvajal Pérez, Marvin. (2005). Ciclo de entrevistas realizadas durante el segundo semestre del 2005.

Daza Ordanza, Ernesto. (1973). *Doce temas de derecho constitucional*. Cochabamba, México: Editorial Universitaria.

Calamandre, Piero. (1945). *Estudios sobre el Proceso Civil*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Bibliográfica.

Calamandrei, Piero. (1987). *Estudio sobre el Proceso Civil*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-Americana, s. n.e., Tomo III.

Camacho Naranjo, Luis. (1988*). Introducción a la lógica.* Cartago, Costa Rica: Editorial Tecnológica, primera edición.

Fonseca Alvarado, Lilia y Rojas Granados, Marilyn. (1988). *El amparo contra órganos o servidores públicos.* Costa Rica, Tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho de la Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho.

Figueruelo Burrieza, Angela. (1986). *El recurso de amparo en el marco del ordenamiento jurídico español.* España. Tesis para optar por el título de Doctorado en Derecho de la Universidad de Salamanca.

Hernández Valle, Rubén. (1978). *El control de constitucionalidad de las leyes.* San José, Costa Rica, Editorial Juricentro.

Hernández Valle, Rubén. (1983). *Antología de derecho constitucional.* San José, Costa Rica, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

Hernández Valle, Rubén. (1984). *Derecho constitucional costarricense.* San José Costa Rica, Editorial Juricentro, primera edición.

Hernández Valle, Rubén. (1987). Objeto y materia del amparo en Costa Rica. En *Revista de Ciencias Jurídicas*. San José, Costa Rica, n.º 58, septiembre- diciembre de 1987.

Hernández Valle, Rubén. (1990). *Las libertades públicas en Costa Rica.*.San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.

Hernández Valle, Rubén. (1992). Los efectos reflejos de las sentencias estimatorias en los procesos de amparo. En *Revista IVSTITIA*, San José, Costa Rica, n.º 65, año 6, mayo de 1992.

Hernández Valle, Rubén. (1994). *Derecho de la Constitución* San José Costa Rica, Editorial Juricentro, volumen 1, primera edición.

Hernández Valle, Rubén. (1995). *Prerrogativa y garantía.* San José, Costa Rica: Editorial Universidad Estatal a Distancia.

Hernández Valle, Rubén. (1998). *Constitución Política de la República de Costa Rica.* Edición concordada y anotada. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, primera edición.

Hernández Valle, Rubén y otros. (1999).. *Temas claves de la Constitución Política.* Homenaje al Dr. Carlos José Gutiérrez Gutiérrez. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A.

Hernández Valle, Rubén. (1990). *La tutela de los derechos fundamentale*s. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.

Hernández Valle, Rubén, s. a. p. *El principio democrático como límite de la jurisdicción constitucional.* Costa Rica, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, en http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/ 88/art/art11.htm, consulta realizada el 16 de abril de 2005.

Hernández Valle, Rubén y otros. (2001). *El régimen jurídico de los derechos fundamentales en Costa Rica.* San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, S. A.

González Pérez, Jesús. (1957). Derecho procesal administrativo. Madrid, España,: Instituto de Estudios Políticos. Tomo II.

González Pérez, Jesús. (1980*). Tribunales Constitucionales: Organización y Funcionamiento.* Madrid, España; Editorial Civitas, S. A.

Gutiérrez Gutiérrez, Carlos José. (1985). El subdesarrollo del derecho público. En *Revista de Ciencias Jurídicas*. San José, Costa Rica, n.º 53, mayo-agosto de 1985.

Jiménez Soto, Priscilla. (1986). El recurso de amparo: necesidad de ampliarlo contra personas jurídicas privadas. San José, Costa Rica.. Tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho de Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho.

Kant, Immanuel . Sobre la paz perpetua. (1998). (6ª ed., trad. de Joaquín Abellán, presentación de Antonio Truyol y Serra). Madrid: Tecnos, pp. 61-62.

Lazzarini, José Luis. (1967). El juicio de amparo. Buenos Aires, Argentina, La Ley, S. A.

Madrigal Jiménez, Ricardo. (2008). *Jurisdicción constitucional pronta en Costa Rica. Un análisis de las posibles opciones para permitir un proceso más Ágil*. San José, Costa Rica, Universidad Estatal a Distancia.

República de Costa Rica. (2008). Consejo de jueces del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo, junio-julio.

República de Costa Rica, Procuraduría General de la República. (2008). Ciclo de charlas sobre el Código Procesal Contencioso Administrativo, San José, Costa Rica.

República de Costa Rica, Procuraduría General de la República.(1996). Opinión jurídica número OJ-009-96, del 28 de febrero de San José, Costa Rica.

República de Costa Rica, Tribunal Contencioso Administrativo. Sección I, voto 306-2000 de las 15:25 horas del 31 de octubre de 2000.

República de Costa Rica, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto 58-A-S1-2009 de las 11:28 del 22 de enero de dos mil nueve.

República de Costa Rica, Sala Primera, voto 879-A-S1-2009 de las 8: 50 horas del veintisiete de agosto de 2009.

República de Costa Rica, Sala Constitucional, voto 93-90 de las 10:00 horas del 24 dee nero de 1990.

República de Costa Rica, Sala Constitucional, voto 880-90 del 1º de agosto de1990.

República de Costa Rica, Sala Constitucional, voto 1502-91 del 7 de agosto de 1991.

República de Costa Rica, Sala Constitucional, voto 887-93 del 2 de febrero de 1993.

República de Costa Rica, Sala Constitucional, voto 934-93 del 22 de febrero de 1993.

República de Costa Rica, Sala Constitucional, voto 4838-93 de las 10:36 minutos del 1º de octubre de1993.

República de Costa Rica, Sala Constitucional, voto 2411-94 de las 16:36 minutos del dieciocho de marzo de 1994.

República de Costa Rica, Sala Constitucional, voto n.º 2755-94 del 15 de junio de1994.

República de Costa Rica, Sala Constitucional, voto 372- 95 del 18 de enero de 1995.

República de Costa Rica, Sala Constitucional, voto 3352-95, de las 15: 09 minutos del 28 de junio de 1995.

República de Costa Rica, Sala Constitucional, voto 1185- 95 de las 14:33 minutos del 22 de marzo de 1995.

República de Costa Rica, Sala Constitucional, voto 305-96 del 1ºde enero de mil novecientos noventa y seis.

República de Costa Rica, Sala Constitucional, voto 3035-96 de las 10:51 minutos del 21 de junio de 1996.

República de Costa Rica, Sala Constitucional,voto 162-I-97 de las 8:38 minutos del 25 de abril de 1997.

República de Costa Rica, Sala Constitucional, voto 1999-4031 de las 10:51 minutos del 28 de mayo de1999.

República de Costa Rica, Sala Constitucional, voto 2000-6879 de las 15:24 minutos del 8 de agosto de 2000.

República de Costa Rica, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 2008-3272 de las diez horas y diecisiete minutos del siete de marzo del 2008.

Weber. Economía y sociedad. Esbozo de sociología *comprensiva* (ed. Johannes Winckelmannn, nota preliminar de José Medina Echavarría), México: FCE, , segunda edición española, 1964.

"AUTORIDAD PARENTAL O PATRIA POTESTAD". NECESIDAD DE UN CAMBIO TERMINOLÓGICO CON UNA VISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: HACIA UNA "RESPONSABILIDAD PARENTAL" COMO FUNCIÓN SOCIAL

M. Sc. Liana Mata Méndez

Sumario. Introducción. **I.** Un cambio de paradigma: De la doctrina de la "situación irregular" a la doctrina de la "protección integral". **1.1.** El interés superior de los niños y las niñas. **II.** "Autoridad parental o patria potestad". Necesidad de un cambio terminológico con una visión de derechos humanos: Hacia una "responsabilidad parental" como función social. Bibliografía.

Introducción

En los últimos años, se ha producido un cambio cualitativo en la forma de concebir a las personas menores de edad y las relaciones de estas con las personas adultas. El cambio principal surge a partir de la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, y aprobada por Costa Rica en 1990, mediante la Ley 7184 del 18 de julio de 1990.

Con la aprobación de dicha Convención, se pasa de la doctrina de la "situación irregular" -en la que se ve a las personas menores de edad como meros objetos de tutela-, a la doctrina de la "protección integral" donde las niñas, los niños y las y los adolescentes son reconocidos como sujetos de derechos, personas con igual dignidad que las personas adultas, a quienes en razón de su edad, se les debe garantizar derechos especiales a fin de procurar su pleno desarrollo.

Este cambio de paradigma necesariamente influye en la denominación, contenido y alcances de la llamada "patria potestad" o "autoridad parental", para ser considerada por la doctrina moderna con el término de "responsabilidad parental", dejando atrás la idea de una autoridad y de un poder ejercido primero por el padre, luego se amplía a la madre, sobre las hijas y los hijos, y ser así considerada hoy desde una visión de derechos humanos, como una "función social" que debe ser ejercida por padres y madres, en igualdad de condiciones, a fin de procurar el mejor desarrollo y bienestar de las hijas y los hijos, y en la cual se reconoce a las personas menores de edad como sujetos de derechos.

No obstante, pese al avance que ha existido con la aprobación de instrumentos internacionales de derechos humanos, en nuestra legislación aún se utilizan los términos de "patria potestad" y "autoridad parental", los cuales hacen alusión al poder ejercido por el *pater familias* en el derecho romano. Lo anterior nos lleva a reflexionar sobre la necesidad de un cambio en la terminología que sea acorde a la nueva visión de los derechos humanos y a su carácter progresivo.

I. Un cambio de paradigma: De la doctrina de la "situación irregular" a la doctrina de la "protección integral"

Es innegable que las relaciones entre los padres y madres, con los hijos y las hijas han ido sufriendo importantes cambios en los últimos años. En este sentido, puede afirmarse que se ha ido dando una progresiva transformación, en el contenido y ejercicio de la llamada "autoridad parental" o "patria potestad", en cuanto a los poderes, derechos y deberes de los padres y madres respecto a los hijos y las hijas. Estos cambios, a su vez, han tendido a un mayor reconocimiento de los derechos de las personas menores de edad como sujetos de derechos y no como meros objetos de protección.

Para contrastar las modificaciones que se han ido dando en la forma de ejercer la paternidad y la maternidad, es necesario tener en cuenta que los cambios sociales que se han dado a lo largo de la historia necesariamente influyen en la concepción de la familia como organización social, ya que en cada época o momento histórico, las relaciones entre padres, madres, hijos e hijas están determinadas por condiciones políticas, sociales y culturales; en fin, se puede indicar que la forma de relacionarse entre padres, madres, hijos e hijas varía de acuerdo con la estructura y las relaciones de poder que predominen en cada sociedad, las cuales se reflejan y reproducen en las familias.

En este sentido, Norbert Elías señala (1998, pp. 409-411), a lo largo del siglo XX, se ha acelerado un cambio en la relación entre padres e hijos, cuyos rastros pueden seguirse en retrospectiva hasta la temprana Edad Media. En tiempos pasados y, frecuentemente, hasta el presente, la relación entre padres e hijos ha sido claramente una relación de dominación entre unas personas que mandan y otras que obedecen.

Como relación de dominación, se caracteriza por una distribución de las oportunidades de poder entre padres, hijos e hijas decididamente desigual. A los padres les correspondían todas las decisiones sobre las acciones de los niños y las niñas. Pero, además, se estipulaba como norma social que esta distribución de los potenciales de poder –órdenes de los padres, sumisión de los niños y las niñas- fuera considerada buena, correcta y deseable.

El mismo autor (Norbert Elías, 1998: pp. 412-415) señala que esta situación ha cambiado en la actualidad, aunque en la práctica haya todavía muchos casos en que se conserva el dominio absoluto de los padres. Por ello, indica que nos encontramos en un periodo de transición donde unas relaciones de padres e hijos, estrictamente autoritarias, y otras más recientes, más igualitarias, se encuentran simultáneamente, y ambas formas suelen mezclarse en las familias. La transición de una relación entre padres e hijos más autoritaria a una más igualitaria genera, para ambos grupos, una serie de problemas específicos y, en general, una considerable inseguridad.

En épocas pasadas, los niños y las niñas fueron vistos como objetos y mano de obra barata. Eran épocas en las que también se acudió a la eliminación de niñas y niños como una forma de control de la natalidad, donde no había leyes en contra del asesinato de infantes, donde la barrera de sensibilidad era muy distinta a la actual, en el empleo de la violencia. En estas épocas a nadie se le ocurriría que los niños y las niñas requerían un trato especial.

Ante esta realidad histórica, es de fundamental importancia tener en cuenta la evolución que ha existido en nuestro ordenamiento jurídico en relación con los derechos y deberes de los padres y las madres respecto a las hijas y los hijos, y que a su vez, responde a una nueva perspectiva que se puede vislumbrar en el derecho internacional, a través de la aprobación de diversos instrumentos que tienen como objetivo la protección efectiva de los derechos de las niñas y los niños.

En este contexto, en 1990 mediante la Ley 7184 del 18/07/1990, Costa Rica ratificó la “Convención sobre los Derechos del Niño”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, lo cual significó un importante avance en cuanto a la protección de los derechos humanos de las personas menores de edad.

Con la aprobación de dicha Convención, los estados partes reconocen la condición especial de los niños y las niñas, como seres humanos en desarrollo, con especiales necesidades y carencias, reconociéndoles, su derecho de vivir y desarrollarse en un ambiente familiar y social que garantice el pleno crecimiento y desarrollo de sus aptitudes como personas humanas. (Exposición de Motivos, Código de Niñez y la Adolescencia: 1997).

La Convención de los Derechos del Niño deja atrás la manera tradicional y adultocéntrica en la regulación de las relaciones que se presentan entre las personas adultas y los niños y las niñas, en la vida social y familiar, exigiendo una efectiva defensa y promoción de los derechos fundamentales reconocidos a las personas menores de edad, y sobre todo el reconocimiento del derecho a su pleno desarrollo como personas humanas y a su capacidad progresiva. Esto exige un replanteamiento del significado de la protección y el respeto de los derechos de los niños y las niñas, y del papel que en ello la familia, la sociedad y el Estado deberán jugar.

Entre los cambios legislativos que surgen a raíz de la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño, en 1998 Costa Rica aprueba el Código de la Niñez y la Adolescencia, fundamentado en la doctrina de la protección integral, y establece nuevos parámetros en la regulación de las relaciones entre las personas adultas y las personas menores de edad.

La doctrina de la protección integral constituye un cambio cualitativo que supera a la doctrina de la situación irregular, en la que los niños y las niñas eran concebidos como simples objetos de protección para ser vistos como sujetos de derechos y obligaciones.

En resumen, se puede decir que las principales características de las normas inspiradas en la doctrina de la situación irregular son: 1) Concebir a los niños, niñas y adolescentes como objetos en calidad de extensión, casi propiedad, de sus padres, madres, tutores o tutoras. 2) Limitar la acción estatal de protección únicamente a aquellos casos de excepción en los que se demuestre ausencia de una autoridad parental competente, cercenando de origen la posibilidad de intervenciones preventivas. 3) Orientarse en función de la existencia de una "situación irregular" hacia y hasta su interrupción, pasando por alto la complejidad de las necesidades que conlleva la satisfacción de un bienestar integral. (EDNA: 2008).

La concepción de la niñez, desde la doctrina de la situación irregular, entró en franca decadencia hacia la segunda mitad y, especialmente, en el último cuarto del siglo XX. Como se indicó, un nuevo paradigma de concepción de la niñez y su relación con el Estado surge a partir de la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño (1979-1989), el cual sirve de sustento a toda una nueva generación de normativa internacional y nacional, y hoy recibe el nombre de doctrina de la protección integral. Sus principales características son: a) Reconocer a niños, niñas y adolescentes como sujetos de una serie indivisible e irrenunciable de derechos (titulares) sin excepción ni discriminación de ninguna clase. b) Establecer la responsabilidad del Estado –en conjunción con las familias y comunidades– en cuanto a la garantía (papel activo) y respeto plenos de tales derechos para todas las personas menores de edad sin excepción. c) Instaurar como principio fundamental el "interés superior" –mejor interés– de la niñez y la adolescencia como parámetro orientador de toda acción pública o privada que les involucre o les afecte. (EDNA: 2008).

No obstante, debemos tener presente que el cambio legislativo no siempre va de la mano con un cambio cultural. Evidencia de ello es que, pese a que ya han transcurrido más de veinticinco años desde la aprobación por parte de Costa Rica de la Convención sobre los Derechos del Niño, aún persiste gran cantidad de prácticas violatorios a los derechos de las niñas y los niños que se encuentran sumamente arraigadas en la población; por ejemplo, considerar el castigo físico "moderado" como algo "necesario o adecuado" para "disciplinar" o "educar" a las niñas y los niños.

En este sentido, es importante destacar la labor realizada por el Comité de los Derechos del Niño, de la Organización de Naciones Unidas, en sus observaciones generales relativas a la eliminación de la violencia contra los niños y las niñas, entre ellas, la observación general n.° 8 (2006) sobre "El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles y degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros)". Como se indica en dicha observación general, con su publicación, el Comité quiere destacar la obligación inmediata de todos los Estados parte de actuar rápidamente para prohibir y eliminar los castigos corporales y demás formas de castigos crueles y degradantes de los niños, debiendo adoptar las medidas legislativas, educativas y de sensibilización necesarias para tal fin.

En la observación general n.° 8, el Comité de los Derechos del Niño hace ver que, al rechazar toda justificación de la violencia y la humillación como formas de castigo de los niños y las niñas, no está rechazando en modo alguno el concepto positivo de disciplina. Se parte del reconocimiento de que el desarrollo sano del niño y la niña depende de los padres, las madres y de otras personas adultas para la orientación y dirección necesarias, de acuerdo con el desarrollo de su capacidad, a fin de ayudarle en su crecimiento para llevar una vida responsable en la sociedad.

El Comité reconoce que la crianza y el cuidado de las niñas y los niños exigen frecuentes acciones e intervenciones físicas para protegerlos; pero como el mismo Comité lo indica, esto es totalmente distinto del uso deliberado y punitivo de la fuerza para provocar cierto grado de dolor, molestia o humillación. El Comité insiste en la eliminación de los castigos violentos y humillantes de los niños y las niñas, mediante una reforma a la legislación y otras medidas necesarias, como una obligación inmediata e incondicional de los Estados partes.

El Comité de los Derechos del Niño señala que en muchos Estados hay disposiciones jurídicas explícitas en los códigos penal, civil y/o de familia, las cuales ofrecen a los padres, las madres y otras personas cuidadoras una defensa o justificación para el uso de cierto grado de violencia a fin de "disciplinar" a las niñas y los niños. Como ejemplo, menciona la defensa del castigo o corrección "legal", "razonable" o "moderado" que ha formado parte durante siglos del *common law* inglés, así como el "derecho de corrección" de la legislación francesa. Además, hace referencia a los periodos en que, en muchos Estados, existía esa misma excepción para justificar el castigo de las esposas por sus esposos y de los esclavos, criados y aprendices por sus amos.

El Comité insiste en que la Convención exige la eliminación de toda disposición en el derecho legislado o jurisprudencial que permita cierto grado de violencia contra los niños y las niñas; por ejemplo, el castigo o la corrección en grado “moderado” o “razonable” en sus hogares o familias, o en cualquier otro entorno.

Nuestro país no escapa a esa realidad, hasta fecha reciente -01 de agosto de 2008- existían normas vigentes tanto en el Código de Familia como en el Código de la Niñez y la Adolescencia, las cuales legitimaban el “castigo moderado” como atributo de la autoridad parental.

Así se observa la gran importancia de los cambios legislativos que surgen con el fin de armonizar la legislación interna a las disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño y, a su vez, con lo indicado por el Comité de los Derechos del Niño, los cuales empiezan a visibilizar el derecho de la niñez a una protección integral. En este caso, se encuentra la Ley N.° *8654 del 01 de agosto de 2008, conocida como Ley de Abolición de Castigo Físico* contra Niños, Niñas y Adolescentes. Con esta ley, se adiciona el artículo 24 bis el Código de la Niñez y la Adolescencia, y se reforma el artículo 143 del Código de Familia, eliminando toda autorización del uso del castigo corporal. En el texto actual de los numerales citados, se establece:

> *Artículo 24 bis (Código de la Niñez y la Adolescencia). Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a recibir orientación, educación, cuido y disciplina de su madre, su padre o los responsables de la guarda y crianza, así como de los encargados y el personal de los centros educativos, de salud, de cuido, penales juveniles o de cualquier otra índole, sin que, en modo alguno, se autorice a estos el uso del castigo corporal ni el trato humillante. […].*
>
> *Artículo 143 (Código de Familia). La autoridad parental confiere los derechos e impone los deberes de orientar, educar, cuidar, vigilar y disciplinar a los hijos y las hijas; esto no autoriza, en ningún caso, el uso del castigo corporal ni ninguna otra forma de trato humillante contra las personas menores de edad. […]*

Los cambios legislativos expuestos permiten afirmar que nuestro país ha realizado un importante avance dentro del marco de la doctrina de la protección integral, a partir de 1990 con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual se intensificó a propósito de la aprobación del Código de la Niñez y la Adolescencia, y posteriores reformas, todo lo cual ha traído como consecuencia un mayor reconocimiento de los derechos humanos de las personas menores de edad, en concordancia con su carácter progresivo.

No obstante, pese a la existencia de los avances en nuestro ordenamiento jurídico, aún subsiste una creencia bastante generalizada en la población, la cual legitima y cree en el uso del castigo físico como un medio “adecuado” de ejercer “un poder de corrección” y “disciplina” sobre los hijos y las hijas.

Esta situación nos remite a lo que la reconocida autora Alda Facio (1999, p. 72) ha llamado componente político-cultural del derecho, el cual tiene que ver con los contenidos (convertidos en leyes no escritas) que la gente les da a esas leyes y la aplicación de estas por medio de las tradiciones, las costumbres, el conocimiento y uso que de ellas hagan, de manera que puede suceder, como en el caso del castigo físico, que leyes que han sido formalmente derogadas sigan vigentes en la vida diaria de las personas.

Este caso evidencia la gran tarea aún pendiente en relación con los derechos de la niñez y, específicamente, el derecho humano a vivir libre de cualquier tipo de violencia.

1.1 El interés superior de los niños y las niñas

Como se mencionó, la premisa fundamental de la doctrina de la protección integral es el interés superior de los niños y las niñas, tantas veces citado en las resoluciones judiciales, y del que tanto escuchamos hablar, por lo que se debe colocar este principio en primer lugar al hablar de la niñez y la adolescencia.

Generalmente al hablar del interés superior de los niños y las niñas, se hace referencia a la Convención de los Derechos del Niño, por cuanto –como ha sido expuesto- su aprobación significó un importante avance en la protección de los derechos humanos de las personas menores de edad, en la que se pasa de la “doctrina de la situación irregular” a la “doctrina de la protección integral,” definiéndose un cambio de modelo en la forma de convivencia social, reconociendo a los niños, las niñas y los y las adolescentes como personas sujetas de derechos.

Como antecedente, es importante mencionar que, cuando se aprueba la Convención de los Derechos del Niño, la Declaración Universal de Derechos Humanos ya existía. Este documento declarativo fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948 en París y, en principio, incluía también los derechos del niño y de la niña. Sin embargo, posteriormente, se llegó al convencimiento de que las particulares necesidades de los niños y las niñas debían estar especialmente enunciadas y protegidas. Por ello, posteriormente se aprueba la Convención de los Derechos del Niño. (En este sentido, ver Famá, Herrera y Gil Domínguez: 2006; también Camacho Vargas: 2011).

Es importante tener en cuenta que el origen de dicha Convención fue la Declaración de Ginebra sobre los derechos del niño de 1924, adoptada por la V Asamblea de la Sociedad de Naciones Unidas, el 26 de diciembre de 1924, la cual fue el primer instrumento internacional que aborda la cuestión de los derechos de la infancia. En esta declaración, el concepto de "interés superior del niño" ya es utilizado. También como antecedente a la Convención de los Derechos del Niño, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, en la cual también se habla del principio de interés superior del niño, y no es hasta 1989 cuando se aprueba la Convención. (En este sentido, ver Famá, Herrera y Domínguez: 2006).

El artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño señala: *"1. En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".*

Sobre el concepto del interés superior del niño, el Comité de los Derechos del Niño indica que se trata de un concepto triple: a) Es un derecho sustantivo. b) Un principio jurídico interpretativo fundamental. c) Una norma de procedimiento. Es un derecho sustantivo, por cuanto se trata del derecho del niño y de la niña a que su interés sea una consideración primordial que se avalúe y que tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, una niña, a un grupo de niños y niñas o a los niños y niñas en general.

De esta manera, el artículo 3, inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece una obligación intrínseca para los Estados, que es de aplicación directa y puede invocarse ante los tribunales. Es también un principio jurídico interpretativo fundamental, lo que significa que, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño y de la niña. Además, es una norma de procedimiento. Lo que implica que la evaluación y la determinación del interés superior del niño requieren de garantías procesales. También la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. Por tanto, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado ese derecho en la decisión; es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño y de la niña, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño y de la niña frente a otras consideraciones. (Comité de los Derechos del Niño, observación general 14, 2013).

La doctrina argentina (Famá *et al.,* 2006) señala que la Convención de los Derechos del Niño, así como la interpretación jurisprudencial y doctrinaria que alrededor de ella se ha edificado han desatado una transformación sustancial en el reconocimiento de los derechos fundamentales de la niñez. Esta transformación se asienta en la noción de interés superior del niño y de la niña, objetivo prioritario que se debe proteger en las relaciones jurídicas donde algún niño o alguna niña concurra y, en definitiva, es una directriz básica de toda legislación en torno de su protección que se haya incorporado tanto en las constituciones de las naciones del mundo, como en los tratados y convenciones internacionales.

En este mismo sentido, se señala que la indeterminación del concepto de interés superior del niño ha generado gran cantidad de posturas doctrinarias y jurisprudenciales que reflejan la dificultad que conlleva su determinación como principio que permita resolver los conflictos de derechos donde los niños y las niñas resulten involucrados. Por tanto, el interés superior del niño y de la niña debe entenderse con base en una lectura teleológica; es decir, teniendo en cuenta los objetivos y fines que la norma persigue y, en función de estos, la autoridad encargada de aplicarlos deberá concretarlos para solucionar el caso particular. (Famá *et al.,* 2006).

También, en relación con el concepto de interés superior del niño, es importante citar la observación general 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. El Comité indica:

> El concepto de interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso. El legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrá aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del artículo 3, párrafo 1, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención. Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe avaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. En cuanto a las decisiones colectivas (como las que toma el legislador), se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general. En ambos casos, la evaluación y la determinación deberá llevarse a cabo respetando plenamente los derechos que figuran en la Convención y sus Protocolos facultativos.
>
> En este mismo sentido, en la observación general 14, el Comité de los Derechos de Niño señala:

La evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños o los niños en general. Esas circunstancias se refieren a las características específicas del niño o los niños de que se trate, como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o los niños, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores.

Entre los elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar el interés superior del niño y de la niña, el Comité menciona la identidad del niño, entendiendo que los niños no son un grupo homogéneo, por lo que debe tenerse en cuenta la diversidad y que la identidad del niño abarca características como el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad.

Es importante mencionar que el Comité de los Derechos del Niño aclara que, aunque deben tenerse en cuenta la preservación de los valores y las tradiciones religiosas y culturales como parte de la identidad del niño, las prácticas que sean incompatibles o que estén reñidas con los derechos establecidos en la Convención no responden al interés superior del niño.

Por tanto, el Comité indica de forma expresa que: “La identidad cultural no puede excusar ni justificar que los responsables de la toma de decisiones y las autoridades perpetúen tradiciones y valores culturales que niegan al niño o los niños los derechos que les garantiza la Convención”.

Como ejemplos, se puede mencionar el castigo corporal legitimado por la cultura, el matrimonio forzado, así como la ablación del clítoris o mutilación genital en las niñas, prácticas muchas veces justificadas desde un “relativismo cultural”.

También en cuanto al contenido, concepto y forma en que se debe valorar el “interés superior de los niños y las niñas”, resulta de gran relevancia citar la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dictada en el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, del 24 de febrero de 2012, en la cual se apreciaron los alcances de este principio y se indicó lo siguiente:

109. Igualmente, la Corte constata que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características

personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia. 110. En conclusión, la Corte Interamericana observa que al ser, en abstracto, el "interés superior del niño" un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia. 111. Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños.

La sentencia citada constituye, sin duda alguna, un importante antecedente en la protección y reconocimiento de los derechos humanos, brindando una visión de avanzada sobre lo que debe entenderse por interés superior de las niñas y los niños.

En nuestro caso, por ser Costa Rica, Estado parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, la sentencia nos marca un parámetro o base de actuación e interpretación, en relación con este principio, el cual debe ser entendido desde una visión de derechos humanos, por lo que que resulta necesaria la reformulación del concepto de "autoridad parental".

II. "Autoridad parental o patria potestad". Necesidad de un cambio terminológico con visión de derechos humanos: Hacia una "responsabilidad parental" como función social

Al hablar de la necesidad de un cambio terminológico hacia la "responsabilidad parental", es fundamental el progreso que el derecho de familia ha tenido desde una perspectiva transversal de derechos humanos.

Como la doctrina argentina lo señala, en los inicios, el instituto de la "patria potestad" no se podía imaginar otro modo de vinculación familiar entre padres, hijos e hijas, el cual no fuera el determinado a partir de la prevalencia de la figura patriarcal que implicaba la potestad del padre frente a su esposa y, por supuesto, a sus hijos e hijas menores de edad. Esto se reflejaba en el régimen originario del

Código Civil donde a los hijos y las hijas se les reconocían distintos derechos según su origen y la situación jurídica de sus progenitores, en especial, si estos se encontraban casados o no. (Herrera, Marisa, 2015, p. 597).

Así, Marisa Herrera señala que la noción inicial de patria potestad comienza a mutar al advertirse que los padres ejercen en realidad una función dirigida a posibilitar y asistir a sus hijos en el ejercicio de sus derechos, a acompañarlos para la adquisición de su plena autonomía.

De este modo, se pasa de las ideas de "potestad" y "autoridad" a una responsabilidad que implica justamente poner el acento, por un lado, en la primacía del destinatario –hijo/hija y sus derechos- y, por el otro, en que el ejercicio de este rol por parte de la persona adulta no puede ser "de cualquier modo" ni puede basarse en un puro ejercicio de autoridad, sino que se trata de una actuación funcional, dirigida a que el hijo y la hija ejerzan los derechos por sí mismos.

,Así la actuación de los progenitores comienza a registrar límites cuando se aparta del interés de las hijas y los hijos, cuando les es perjudicial, es decir, abusiva. Además, Marisa Herrera advierte que la modificación del "nombre" de la institución no es un detalle menor, ya que el lenguaje no es neutral, y los términos jurídicos tienen que ir de la mano de los cambios que la sociedad registra respecto a los roles familiares.

Por estos motivos, la denominación "patria potestad" no refleja el significado que esta nueva función tiene, puesto que, en consonancia con la condición de personas en pleno desarrollo madurativo, las hijas y los hijos pueden ejercer sus derechos y los padres, y las madres deben acompañarlos, teniendo en cuenta las distintas etapas y la consecuente capacidad de comprensión y discernimiento. (Herrera, Marisa, 2015, pp. 599-600).

En nuestro país, la "autoridad parental" sigue siendo llamada en nuestro Código de Familia, como "patria potestad", y está regulada en el título tercero del Código de Familia, artículos 140-163, en los cuales se contempla lo relacionado con la responsabilidad parental sobre los hijos habidos en el matrimonio, y la ejercida sobre los hijos habidos fuera de él.

En cuanto a su concepto y contenido, en los comentarios al Código de Familia, Diego Benavides Santos (2014, pp. 513-514), señala que la "patria potestad" es un conjunto de derechos y deberes (potestades, poderes-deberes) que los padres tienen con respecto a la persona y a los bienes de sus hijos menores de edad, el cual comprende básicamente tres contenidos:

a) **Contenido personal**: abarca el deber de cuidar a la persona menor de edad, velar por su integridad física y psíquica (guarda), proporcionarle los alimentos y atender sus necesidades fundamentales para su adecuado desarrollo (crianza) y prepararlo para la vida (educación).

b) **Patrimonial**: comprende la potestad de administración de los bienes del hijo y de la hija menores de edad (arts.140 y 145), lo cual tiene excepciones y limitaciones. (arts.145, 147, 148, 149, 150,154,157).

c) **Representación**: la ley asigna normalmente esa representación a los padres y las madres. Si existe un opuesto interés, debe nombrarse un curador especial al hijo o a la hija (art.140), lo que debe hacerse cuando existe incapacidad (art. 162). No obstante, en algunos casos, existe capacidad limitada de la persona menor de edad (art. 86 y 108 inc. a, C. Niñez). (También, sobre estos contenidos de la autoridad parental, ver votos 819-10 y 232-11 del Tribunal de Familia).

Asimismo, en relación con el concepto de la "autoridad parental", el Tribunal de Familia señaló en el voto n.° 232-11 de las nueve horas cincuenta minutos del veintidós de febrero de dos mil once:

IV.- […] La autoridad parental es un "derecho-función" que tienen los progenitores, en relación con sus hijos e hijas, el cual consiste en el deber de proveerles de todos los requerimientos indispensables para desarrollarse plenamente como seres humanos integrales. En este sentido se abarcan diferentes ámbitos; desde el puramente material, pasando por el intelectual y hasta el afectivo y espiritual. No se trata, como en épocas pasadas, del poder absoluto que tenía el *pater familae* sobre los demás miembros del clan. Hoy en día, más que un derecho o facultad, la autoridad parental es un deber de los padres y madres de familia, tendiente a la formación holística de sus hijos e hijas. […] Dentro del contenido de la autoridad parental se encuentra el aspecto o ámbito personal que se circunscribe a la guarda o cuidado inmediato y permanente que uno de los progenitores tiene sobre sus hijos e hijas, en razón de una separación, divorcio o por el hecho de que los progenitores no hayan contraído matrimonio y no convivan como pareja. De ahí que uno de ellos es el que, día a día, conviva con sus descendientes, sin que ello implique que el otro progenitor no sea también titular de la autoridad parental en general. En igual sentido ver voto n.° 271-2012, del Tribunal de Familia, a las siete horas y treinta y cinco minutos del veintiuno de marzo de dos mil doce.

Por su parte, Gerardo Trejos (2010, pp. 599-600) indicó que la autoridad parental son los derechos-deberes que conjuntamente el padre y la madre ejercen sobre la persona y los bienes de las hijas y los hijos no emancipados. Citando a *Lloveras, Nora y Salomon, Marcelo (2008, pp. 77 a 101)* manifestó:

> *modernamente se señala una evolución de la autoridad parental a la responsabilidad parental. Modernos autores han señalado que la "capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes como elemento esencial en la ponderación de intereses, la condición de sujetos de derechos y el interés superior de los niños y adolescentes, presentan necesariamente una reformulación del contenido de la "patria potestad", hacia una "responsabilidad parental" en donde el niño y adolescente sea el centro de atribución de derechos, y la función de los padres consista en que el niño y adolescente se desarrolle para poder ejercerlos más correctamente.*

Asimismo, Gerardo Trejos (2010, p. 600) señaló que

> en este juego de intereses y de ejercicio del "poder de decisión" que implica la autonomía de la voluntad, debemos hacer las siguientes aseveraciones: la autonomía de la voluntad de los padres está restringida por el interés superior del menor, y la autonomía de la voluntad de los niños, niñas y adolescentes deben ser tenidas esencialmente en cuenta conforme su capacidad progresiva. En este razonamiento, los padres no son "libres" para ejercer plenamente la autonomía de la voluntad y su "poder de decisión" por sobre los niños y adolescentes, sino que están condicionados a ejercerla exclusivamente para salvaguardar los intereses preferentes y prioritarios de los niños y adolescentes.

Como se evidencia, la concepción más reciente de "responsabilidad parental" responde al cambio de paradigma que se dio con el paso de la doctrina de la "situación irregular" a la doctrina de la "protección integral", la cual exige que se mire a las personas menores de edad realmente como sujetos de derechos y no como meros objetos de tutela. En este nuevo concepto dado por la doctrina moderna, se destaca la "responsabilidad parental" como una "función social" en la que un interés público media, en tanto, padres, madres, Estado y la sociedad en su conjunto deben propiciar y garantizar el desarrollo pleno de las personas menores de edad.

De acuerdo con este nuevo paradigma, se dan varios cambios de fundamental importancia. Los niños, las niñas y los y las adolescentes ejercerán la autonomía de la voluntad -situación antes impensada- a fin de administrar sus propios intereses, siempre teniendo en mira el grado de madurez alcanzado conforme el desarrollo físico, psíquico y espiritual de la persona menor de edad.

Además, la "responsabilidad parental" se concibe dentro de la plena "igualdad" de los padres y las madres, y la "no discriminación" de ninguno de ellos, en el deber de educación de los hijos y las hijas.

Por lo tanto, la responsabilidad parental tiene su eje en las siguientes premisas: **a.** Igualdad de los padres, las madres y la no discriminación de ninguno de ellos. **b.** Interés superior de las niñas, los niños y las y los adolescentes. **c.** La capacidad progresiva de los niños, las niñas y los y las adolescentes. **d.** Remplaza la facultad de corrección por el deber de educación y formación. (Trejos, Gerardo, 2010, p. 600).

Como antecedente, es importante tener presente que

> en Costa Rica el Código General de 1841 y el Código Civil de 1888 emplearon exclusivamente la voz "patria potestad", que significa, poder del padre sobre sus hijos. Pero la Constitución de 1949 y las reformas introducidas al Código Civil en 1952 introdujeron cambios importantes en esta materia, al consagrar constitucionalmente la igualdad de derechos de los cónyuges y prescribir que compete a los padres (queriendo decir, al padre y a la madre), con iguales derechos, el ejercicio de la patria potestad. (Trejos, 2010).

Retomando la doctrina argentina, también hace referencia a la necesidad de un cambio en la terminología "patria potestad". Así, Azpiri señala (2006, pp. 319-320):

> El concepto de patria potestad evolucionó a través del tiempo y este fenómeno fue seguido por nuestra legislación. Lejos del poder sobre la vida y los bienes de todas las personas libres que formaban el núcleo familiar del derecho romano primitivo, el concepto de patria potestad se ha ido modificando al cambiar el centro de atención sobre el que reposa esta institución. Este cambio se ha producido no sólo en el concepto sino también en la denominación misma del instituto. En efecto la expresión "patria potestad" alude por una parte al padre, aunque se han emitido opiniones en el sentido que queda también involucrada la madre, y por otra parte "potestad" es, según el diccionario, la facultad que alguien tiene para mandar sobre una cosa y es sinónimo de dominio, jurisdicción y poder. Esta expresión ya no refleja el sentido actual de la institución, y en algunas legislaciones se la ha modificado aludiendo ahora a la "autoridad de los padres" como en el Código Francés. La forma actual de encarar este instituto tiende a enfatizar que se trata de beneficiar al menor poniendo en juego los deberes y responsabilidades de los padres hacia los hijos. A pesar de estos cuestionamientos, el arraigo que tiene la expresión "patria potestad" hace que se continúe usando en la legislación de nuestro país y en el lenguaje técnico-jurídico, aunque con el alcance que surge de su nueva formulación.

Autoras y autores como Famá *et al.* (2006) señalan que utilizan el concepto de "responsabilidad parental" para referirse al conjunto de derechos y deberes de los padres respecto a sus hijos, como sinónimo de lo que tradicionalmente se ha denominado "patria potestad" y, más modernamente, "autoridad parental". Indican que la evolución del niño dentro de la familia es testimonio de la transformación operada en la estructura y funcionamiento de las familias a lo largo de la historia. Agregan que la niñez y la infancia fueron –históricamente, al igual que la familia- objetos construidos política, social, cultural y educativamente dentro de procesos más amplios de construcción de la hegemonía.

De tal forma, se ha recorrido un arduo camino desde la Roma antigua, donde el *pater familias* como amo y señor de su familia tenía derechos absolutos sobre la persona y los bienes de sus hijos, hasta el discurso jurídico del siglo XXI que ha recibido a los niños como sujetos autónomos en la titularidad y ejercicio de sus derechos fundamentales frente al Estado y los particulares.

Durante la Edad Media, el niño estaba integrado en la vida del adulto, compartiendo sus trabajos, juegos y preocupaciones en el marco de una sociedad que prácticamente no distinguía entre unos y otros y miraba al niño con indiferencia. Se tradujo esta falta de conciencia de la particularidad infantil en la ausencia de un sentimiento propio de la infancia como una etapa de transición hacia la adultez. Ello generó, lamentablemente, las conductas sociales más alarmantes: desinterés moral y educativo por el niño; abandono de los niños -especialmente aquellos con malformaciones o discapacidades-, aborto, sacrificios de niños, infanticidios, medios disciplinarios excesivos traducidos en malos tratos aberrantes. En muchos casos, luego de su nacimiento, los niños eran entregados a nodrizas, cuya elección dependía de la clase social de la familia.

Se indica que este distanciamiento entre el niño y su familia, y el desinterés en torno de la infancia comenzaron a revertirse por dos razones fundamentales: Desde el ámbito político, económico y demográfico, los estadistas empezaron a percatarse de que el potencial humano era la materia prima con la que un país contaba para desarrollarse.

Surgió entonces una sincera preocupación por eliminar la mortalidad infantil. Desde otra perspectiva, la preocupación por el niño nacerá también en los movimientos humanitarios y reformistas desarrollados principalmente hacia fines del siglo XVIII, para consolidarse y fructificar recién a comienzos del siglo XIX. (Famá *et al.,* 2006).

La referencia a la historia permite reflexionar sobre la construcción social del concepto de niñez, como algo bastante reciente, en la cual las niñas y los niños han sufrido históricamente los peores abusos y maltratos, y donde les era negada todo consideración como personas. Con el desarrollo de los derechos humanos y con el nuevo paradigma de la protección integral, se inicia un largo proceso –aún inacabado- que tiende a su reconocimiento como sujetos de derechos, con igual dignidad que las personas adultas.

En este mismo sentido, Famá, Herrera y Domínguez (2006) señalan que el cambio terminológico de la antigua noción de “patria potestad” hacia la “responsabilidad parental” no es ingenuo, más bien todo lo contrario. Citando a Mizrahi, indican que la palabra potestad y aun el término “autoridad” se conectan necesariamente con el poder que evoca a la potestad romana y pone el acento en la dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica. Por el contrario, el concepto de “responsabilidad” es inherente al de “deber” que, cumplido adecuadamente, subraya el compromiso paterno de orientar al hijo hacia la autonomía.

Los cambios surgidos permiten visualizar con mayor claridad, la necesidad de un cambio terminológico hacia la “responsabilidad parental”, el cual sea congruente con el reconocimiento de los derechos humanos de las personas menores de edad y con la función social que padres y madres desempeñan.

El nuevo concepto de *responsabilidad parental* reemplaza al de *autoridad parental* y asigna otras dinámicas a las relaciones familiares. Mientras que la autoridad parental está relacionada con el ejercicio del poder compartido, la igualdad de derechos del padre y de la madre en el cuidado y educación de los hijos e hijas, la *responsabilidad parental* se asume como obligación social, igualmente compartida y solidaria entre los padres y las madres para responder por la satisfacción de los derechos de los hijos y las hijas, y se deja claro que, para el ejercicio de esta responsabilidad, no podrá usarse la violencia en cualquiera de sus formas.

Con esta última afirmación, se indica que la doctrina en Colombia pone límite el uso de la fuerza y borra todo concepto de autoridad como poder-dominación, instaurándose una nueva manera de ser padre y madre que implica una relación social de solidaridad, cooperación, confianza y respeto de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. (García-Sánchez y otro, 2011).

En nuestro país, Judith Campos (2011, pp. 144-145) también hace referencia a esta nueva forma de visualizar la llamada “responsabilidad parental” y la evolución del concepto. Señala que el concepto de autoridad parental es uno de los institutos jurídicos que más ha evolucionado a través de la historia, data desde el derecho romano y, en su desarrollo, ha ido teniendo ajustes significativos que han marcado un cambio sustancial entre lo que se concibió originalmente como tal y la conceptualización que se le da en la actualidad. Se denota la evolución en la forma que se ejerce la facultad, en los derechos y obligaciones que implica.

Asimismo señala que, ya en el siglo XX, se consideró como un conjunto de derechos y deberes que ambos padres tenían para educar, criar, orientar, proteger, representar a sus hijos y administrar sus bienes. Es decir, se extiendía la participación a la figura materna, y se establecía que el instituto era en beneficio de los hijos y las hijas menores de edad.

Destaca, además, que la terminología de autoridad parental, a pesar de que da la idea de que se trata de un ejercicio democrático, al comportar una actividad conjunta de ambos, padre y madre, sigue aludiendo a un poder de los padres sobre los hijos y, más que eso, es un deber, una responsabilidad, de brindarles ese acompañamiento necesario hasta que alcancen su pleno desarrollo.

En este sentido, indica que desde una visión de los derechos humanos, resulta acorde con la realidad hablar de responsabilidad parental, antes que de autoridad parental, y se debe visualizar ese desempeño como una función social, más que un derecho-deber, porque no debe perderse de vista que también existe un interés público, debido a que les interesa al Estado y a la sociedad en general, que sus futuros ciudadanos sean personas competentes socialmente y que logren el desarrollo pleno de todas sus aptitudes y capacidades.

Desde esta nueva perspectiva, la responsabilidad parental alude así al ejercicio que los padres, madres y personas encargadas realizan, en condiciones de igualdad y en consulta con sus hijos e hijas menores de edad, de brindarles protección y acompañamiento hasta que alcancen su autonomía. (Campos Gutiérrez, 2011, pp. 145 y 147)

Como corolario de todo lo expuesto, se puede afirmar que si bien en la actualidad, en Costa Rica, nuestro Código de Familia utiliza la expresión “Patria Potestad” (ver art. 143 y 145), es necesario replantearse el uso de una nueva terminología con visión de derechos humanos que permita evidenciar el contenido real de los deberes y derechos que conllevan la responsabilidad de los padres y madres, respecto a sus hijos e hijas menores de edad y que responda, a su vez, a la tutela del interés superior, consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en el Código de la Niñez y la Adolescencia.

Se trata de usar una terminología que responda a la evolución histórica que el instituto jurídico de la “patria potestad” ha tenido, en la cual ha dejado de ser concebida como la autoridad y poder exclusivo del padre, para ser vista como una “responsabilidad y función social” compartida en su ejercicio entre padres y madres, en igualdad de derechos y deberes, y que tenga como fin la protección y el desarrollo progresivo de las personas menores de edad.

Esta situación requiere de un esfuerzo mucho mayor por parte del Estado, sus instituciones y de la sociedad en su conjunto, para erradicar por completo la idea adultocéntrica donde el “poder y los derechos” de los padres y las madres imperan sobre sus hijas e hijos, para avanzar hacia una perspectiva donde el énfasis se ubica en la responsabilidad y en los deberes de los padres y las madres, respecto a sus hijos e hijas. En este caso, el respeto y la garantía de la dignidad, la vida, la integridad y el pleno desarrollo de las personas menores de edad deben ser lo principal, en atención a sus intereses superiores.

Cuando hayamos logrado dichos objetivos, el "castigo físico moderado" dejará de ser visto como forma aceptada y naturalizada de "disciplinar" a los hijos y las hijas. Así se confirmará que cualquier tipo de acción que conlleve al castigo físico implica una forma de violencia y un abuso del poder adultocéntrico que otorga la condición de persona adulta respecto a las personas menores de edad, a quienes más bien por su edad se les debe brindar una mayor protección.

Conclusiones

La aprobación por parte de nuestro país en 1990 de la "Convención sobre los Derechos del Niño" significó un importante avance en cuanto al reconocimiento y protección de los derechos humanos de las personas menores de edad, ya que los Estados partes reconocen la condición especial de los niños y las niñas, como seres humanos en desarrollo, con especiales necesidades y carencias, reconociéndoles, su derecho de vivir y desarrollarse en un ambiente familiar y social que garantice el pleno crecimiento y desarrollo de sus aptitudes como personas humanas.

En el Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño de 1990, se dispuso:

> La Convención de los Derechos del Niño, marca una diferencia en la forma tradicional de concebir la protección de las personas menores de edad. Se pasa de la "doctrina de la situación irregular" a la "doctrina de la protección integral," definiendo, un cambio de modelo en la forma de convivencia social, reconociendo a los niños, niñas y adolescentes, como personas humanas sujetos de derechos, que deben recibir de la persona adulta, de la sociedad y del Estado, la atención necesaria que propicie las condiciones que les garanticen, sin distinción alguna por razones sociales o económicas, su pleno desarrollo y el respeto efectivo de sus derechos fundamentales.

Con el propósito de adaptar la legislación interna a las obligaciones adquiridas por nuestro país con la Convención de los Derechos del Niño, en Costa Rica se realizó a partir de 1990, toda una reformulación normativa donde se aprobaron importantes leyes, entre las que se destacó en 1998 el Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley 7739), basado en la doctrina de la protección integral y que tenía como principio rector el "interés superior de las niñas y los niños.

Dichos cambios normativos permiten afirmar que nuestro país ha realizado realmente un importante avance dentro del marco de la doctrina de la protección integral a partir de 1990 con la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño, el cual se intensificó a propósito de la aprobación del Código de Niñez y la Adolescencia.

No obstante, pese al esfuerzo realizado, aún subsisten aspectos en nuestra legislación que responden a la doctrina de la situación irregular, superada en gran parte en el aspecto teórico, pero no en su totalidad, perdurando en la realidad social, impregnada de una ideología patriarcal y adultocéntrica que, en muchos casos, sigue mirando a las personas menores de edad como objetos de tutela.

Lo anterior permite afirmar que el cambio de paradigma hacia la protección integral debe reflejarse también como un cambio en la ideología donde se sustentan las normas jurídicas que regulan todo lo relacionado con la niñez y la adolescencia, entre ellas lo correspondiente a la “autoridad parental”.

Este instituto jurídico modernamente ha evolucionado hacia la “responsabilidad parental” como función social, en la cual, el “poder y derechos” de los padres y las madres están limitados y supeditados por el interés superior de la persona menor de edad, y en el que posee fundamental importancia la opinión de los niños, las niñas y los y las adolescentes, conforme a su capacidad progresiva y su derecho a una vida libre de violencia y discriminación.

Esta concepción hacia una “responsabilidad parental” responde al cambio de paradigma que se dio con el paso de la doctrina de la “situación irregular” a la doctrina de la “protección integral”, la cual exige que se considere a las personas menores de edad realmente como sujetos de derechos y no como meros objetos de tutela. Además, se destaca la “responsabilidad parental” como una “función social” donde media un interés público, en tanto, padres, madres, Estado y la sociedad en su conjunto deben propiciar y garantizar el desarrollo pleno de las personas menores de edad.

El cambio hacia esta nueva concepción de “responsabilidad parental” no debe verse únicamente como un cambio en la terminología, sino como parte de un proceso mucho más complejo e integral, el cual abarque toda nuestra legislación familiar y logre realmente incorporar una visión de protección y reconocimiento de los derechos humanos de todas las niñas y los niños, en concordancia con su carácter progresivo.

Si bien en la actualidad, en Costa Rica, nuestro Código de Familia utiliza la expresión “patria potestad”, es necesario replantearse el uso de esta nueva terminología con visión de derechos humanos que permita evidenciar el contenido real de los deberes y los derechos

que conllevan la responsabilidad de los padres y las madres, respecto a sus hijas e hijos menores de edad y que responda a su vez a la tutela del interés superior, consagrado en la Convención de los Derechos del Niño y en el Código de Niñez y de la Adolescencia.

Más que un cambio de terminología, se trata de un cambio cultural, de una nueva forma de ver y entender a los niños y a las niñas, los cuales respondan a la evolución histórica que el instituto jurídico de la “patria potestad” ha tenido en la que ha dejado de ser concebida como la autoridad y poder exclusivo del padre, para ser vista como una “responsabilidad y función social” compartida en su ejercicio entre padres y madres, en igualdad de derechos y deberes, y que tenga como fin la protección y el desarrollo progresivo de las personas menores de edad.

Finalmente, se debe tener presente que los avances en el reconocimiento de los derechos humanos y su carácter progresivo han exigido un replanteamiento sobre el concepto de familia, ello conforme a la realidad social que nos muestra una gran diversidad, entre ellas familias ensambladas, monoparentales, homoparentales, de convivencia, extensas, nucleares, en fin, son muchos los tipos de familias que existen en la actualidad. Esto resulta de fundamental importancia en el tema de la “responsabilidad parental”, ya que es en lo interno de las familias donde se construyen y definen las relacionas entre sus miembros, y entre ellas, las que se dan entre madres, padres, hijos e hijas.

Bibliografía.

Azpiri, Jorge O. (2006). *Juicios de filiación y patria potestad.* Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2° edición, p. 364.

Benavides Santos, Diego. (2003). *Código de la Niñez y la Adolescencia*. Concordado y actualizado. San José: Juritexto, 2° edición, p. 387.

Benavides Santos, Diego. (2014). *Código de Familia.* Concordado y comentado, con jurisprudencia constitucional y de casación. San José: Juritexto, 5° edición, p. 676.

Camacho Vargas, Eva. (2011). Los deberes y derechos de las personas menores de edad y su participación en los procesos judiciales. *En: Revista n.°1. Derecho de Familia.* Escuela Judicial, Lic. Édgar Cervantes Villalta, Heredia. En: www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial

Campos Gutiérrez, Judith. (2011). La autoridad parental y reformas necesarias en la legislación familiar a la luz de los derechos humanos. En: *Revista n.°1 Derecho de Familia*. Escuela Judicial Lic. Édgar Cervantes Villalta, Heredia. En: www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial

Comité de los Derechos del Niño. ONU. Observación General n.° 8. (2006). El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37 entre otros). Aprobada por el Comité en su 42° periodo de sesiones, Ginebra, 15 de mayo a 2 de junio de 2006.

Comité de los Derechos del Niño. ONU. Observación general n.° 14. (2013). Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. (artículo 3, párrafo 1). Aprobada por el Comité en su 62° periodo de sesiones (14 de enero al 1 de febrero de 2013).

Convención de los Derechos del Niño. Ratificada por la Asamblea Legislativa mediante Ley N.° 7184 del 18 de Julio de 1990 y Publicada en la Gaceta n.º 149, del 9 de agosto de 1990. San José.

Facio Montejo, Alda. (1999). *Cuando el género suena cambios trae: Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*. San José, ILANUD, 3° edición, p. 132.

García-Sánchez, Bárbara Yadira. *& Guerrero-Barón, Javier. (2011).* Nuevas concepciones de autoridad y cambios en las relaciones de violencia en la familia y la escuela. *Revista Internacional de Investigación en Educación*, 4 *(8) Edición especial* La violencia en las escuelas*, 297-318.* En: magisinvestigacioneducacion.joveriana.edu.co/

Herrera, Marisa. (2015). *Manual de derecho de las familias.* 1° edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, S.A., p. 816.

Herrera, Marisa; Famá, María Victoria y Gil Domínguez, Andrés. (2006). *Derecho constitucional de familia*. Buenos Aires: Editorial Ediar, Tomo I, 1° edición.

Norbert Elías. (1998). La civilización de los padres y otros ensayos En: Antología del curso Taller de Sociología y Psicología de la Familia, de la Maestría en Administración de Justicia, Enfoque Socio-Jurídico, Énfasis Relaciones Familiares. Universidad Nacional, Heredia: Grupo Editorial Norma, 2012.

Trejos Salas, Gerardo. (2010). *Derecho de la familia.* Con la colaboración de Ramírez Altamirano, Marina y Benavides Santos, Diego. 1° edición, San José: Editorial Juricentro, p. 790.

VI Estado de los derechos de la niñez y la adolescencia en Costa Rica. A diez años del Código de la Niñez y la Adolescencia. (2008). En: www.unicef.org/costarica/docs/cr_pub_EDNA_VI_CR.pdf

Sentencias

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Sentencia del 24 de febrero de 2012.

Tribunal de Familia, voto n.° 232-11 de las nueve horas cincuenta minutos del veintidós de febrero de dos mil once.

La subjetividad de la jueza y del juez

Elizabeth Montero Mena[1]

Introducción

Es necesario desarrollar una adecuada conceptualización del concepto de imparcialidad del juez y de la jueza, para lograr determinar si existe subjetividad en la toma de sus decisiones y si es posible lograr controlar este aspecto personal de la persona juzgadora.

Como punto de partida, debemos indicar que la jueza y el juez deben ser imparciales al momento de tomar sus decisiones. A nivel doctrinario, existen muchas definiciones al respecto y cierta dificultad por lograr un concepto abarcador de toda la problemática que implica el ejercicio de la labor jurisdiccional.

El principio de imparcialidad

De forma general, podríamos definir el principio de imparcialidad como la ausencia de prejuicios de la persona juzgadora frente a un litigio. En sentido jurídico, se entiende como la *"actitud recta, desapasionada, sin prejuicios ni prevenciones al proceder y al juzgar"*, ya que es deber de los jueces y de las juezas aplicar la ley de conformidad con el principio de igualdad constitucional.

Así la persona juzgadora imparcial es aquella que aplica la ley de manera objetiva, sin tener interés alguno en el resultado del proceso y sin sobreponer sus prejuicios a la resolución.

1 Jueza del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial.

El Diccionario de la Real Academia Española indica con relación a la imparcialidad: "[...] *ya nos da a entender que la imparcialidad constituye la principal virtud de los jueces. La parcialidad del juzgador si es conocida, puede dar motivo a su recusac*ión".

El autor Luigi Ferrajoli define imparcialidad *"[...] a la ajenidad del juez a los intereses de las partes en causa*". Por lo tanto, la imparcialidad del juez y de la jueza respecto a los fines perseguidos por las partes debe ser en el plano personal (privado) y en el institucional (público). Además se debe observar el principio de independencia concebido como "la exterioridad al sistema político" y, en general, a los poderes del Estado, así como la naturalidad, es decir, que la designación de la persona juzgadora y la determinación de sus competencias sean anteriores a la perpetración del hecho sometido a su juicio.

Por otra parte, aparte de las garantías institucionales, la imparcialidad es un hábito intelectual y moral. Por ende, imparcialidad, independencia y naturalidad son condiciones indispensables de la sujeción de los jueces y las juezas a la ley, así como su responsabilidad política, jurídica y social en el ejercicio del poder jurisdiccional.

Así la imparcialidad es una condición ética indispensable al momento de administrar justicia. La jueza o el juez no solamente deben ser imparciales, sino también su conducta debe excluir toda posible apariencia de que es susceptible a la corrupción, ya sea de influencias personales, políticas, de la prensa o ciudadanía, y no menos importante resulta el análisis de las razones por las cuales permite que la imparcialidad se vea comprometida.

La popularidad, notoriedad profesional u otras motivaciones impropias, como el reconocimiento que pueda darse a su labor o la crítica injusta deben ser desechadas, su actuar debe ser despojado de todo perjuicio y con plena conciencia de que como ser humano está imbuido por elementos culturales, sociales, educativos, morales, éticos, religiosos, económicos, y que como ser producto de un proceso de socialización, estos elementos forman parte de su relativismo cultural, por lo cual deben actuar con independencia a la hora de resolver los asuntos que conozcan con imparcialidad, con base en los hechos y en aplicación estricta de la ley y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.

En el "Estatuto del Juez Iberoamericano", *se establece que esta "imparcialidad ha de ser real, efectiva y evidente para la ciudadanía (imparcialidad objetiva) y que los jueces tienen la obligación de separarse de la tramitación y conocimiento de o interesados en el mismo, en los términos previstos por la ley [...]".*

¿Es posible controlar la subjetividad del juez* y de jueza*?

Considero que sí es posible, sin embargo, es importante que los jueces y las juezas de la República tomemos conciencia de ese relativismo cultural que nos atañe, para que podamos cumplir con el mandato constitucional de imparcialidad tal y como la constitución política lo establece, y según lo consignado en el estatuto del Juez iberoamericano, como una condición ética indispensable para administrar justicia.

Cuando la jueza y el juez tienen conciencia de estos elementos que pueden influir en su decisión, pueden hacer un ejercicio intelectual. Indudablemente esto implica un mayor esfuerzo; empero deben ser conscientes de que de ninguna forma pueden verse reflejados en la decisión judicial que están tomando y, por decirlo de alguna manera, lograr realizar una ruptura epistemológica para poder ser imparciales en su decisión.

Si una jueza o un juez es imparcial, la consecuencia es que la credibilidad por parte de la ciudadanía en el sistema de justicia costarricense se verá reforzada, lo que se justifica en la legitimidad que ella otorga a la jueza o al juez como tercero imparcial. Las partes solo pueden concebir la resolución de un conflicto por parte de un tercero, si este actúa con base en el respeto de los derechos involucrados.

Conclusiones

El principio de imparcialidad ha sido definido de forma amplia como la ausencia de prejuicios de la persona juzgadora frente a un litigio, y en sentido jurídico, se entiende como la “actitud recta, desapasionada, sin prejuicios ni prevenciones al proceder y al juzgar.

Como vemos en sus dos definiciones, se trata el tema de los perjuicios, es decir, este aspecto es tan relevante que ha sido objeto de análisis por parte de la doctrina y ha sido recogido por la legislación.

Por lo anterior, los jueces y las uezas estamos llamados a realizar un proceso introspectivo, de forma tal que nos permita tomar conciencia de que nuestros perjuicios podrían estar influyendo en las decisiones judiciales. Por tanto, es imperativo hacer un ejercicio intelectual -que indudablemente implica un mayor esfuerzo- con el fin de controlar dichos prejuicios, para que de ninguna forma se vean reflejados en la decisión judicial que están tomando.

Bibliografía

Alberto Binder. (2005). *Introducción al derecho procesal penal.* Tirant lo blanch.

Luigi Ferrajoli. (1997). Madrid: Editotta, segunda edición.

Estatuto del Juez Iberoamericano. VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia. España, 2001.

Constitución Política. República de Costa Rica.

Ley Orgánica del Poder Judicial de Costa Rica.

ENSAYO ARGUMENTATIVO "DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN EN EL EJERCICIO DE LA SEXUALIDAD ADOLESCENTE"

ANÁLISIS DEL FENÓMENO SOCIO-JURÍDICO DESDE LA METODOLOGÍA DE ALDA FACIO

Alejandra Picado Ortega

Sinia Marioth Rivera Cabrera

ABSTRACT

The article develops from the methodology proposed by Alda Facio for the analysis of the legal phenomenon, a real-life case under judicial notice where rights of self-determination of a teenager exercising her sexuality, front right be protected by the State ; where you pass necessarily evaluate the limits of protectionist state intervention. Determining this analysis if the decision contemplated a gender sensitive approach or was sexist.

Keywords: sexual rights / progressive capacity / sexuality / patriarchal hegemonic system / sexism / normative formal component / structural component / political- cultural component capacity.

RESUMEN

El artículo desarrolla un caso de la vida real sometido a conocimiento judicial a partir de la metodología propuesta por Alda Facio para el análisis del fenómeno jurídico, en el cual se enfrentan derechos de la autodeterminación de una adolescente en el ejercicio de su sexualidad, frente al derecho de ser protegida por el Estado. En leste caso,,forzosamente se pasa por evaluar los límites de la intervención proteccionista del Estado. Se determina con este análisis si la resolución judicial contempló un enfoque de género sensitivo o fue sexista.

Palabras clave: derechos sexuales/capacidad progresiva/ sexualidad/ sistema hegemónico patriarcal/ sexismo/ componente formal normativo/ componente estructural /componente político-cultural.

INTRODUCCIÓN

En materia de derechos de niñez y adolescencia, nuestros países –El Salvador y Costa Rica- están a bordo del tren de la modernización de los sistemas jurídicos de protección. En ese sentido, este ensayo trata de ilustrar cómo a través del fenómeno jurídico visto con ojos de género, pueden irse marcando pautas ascendentes en materia de derechos, específicamente de los derechos sexuales de los y las adolescentes.

Para este propósito, se toma un caso real de la universalidad de adolescentes que estando bajo tutela judicial, la garantía de sus derechos pasa por ponderar el ejercicio del derecho a la autonomía personal –en el ámbito de la sexualidad-, frente al derecho de ser protegida por medida de protección de acogimiento familiar.

En las circunstancias del caso analizado, aunque parecieran muy particulares y quizás extremas, lo cierto es que concurren en un alto porcentaje de jovencitas de nuestra región, como lo es, historia de malos tratos y abuso sexual desde temprana edad, discriminación y violencia sistemática contra la dignidad e integridad personal -incluyendo el *bullying*-,provenientes tanto de la familia, como de las mismas instituciones del Estado.

La intervención judicial en este caso puede ser determinante para consolidar paradigmas tradicionales de la situación irregular de la niñez y la adolescencia, o para sentar nuevas bases hacia una cultura jurídica con enfoque en derechos humanos.

Esta intervención tiene lugar a petición de la propia adolescente que pretende que se le autorice judicialmente la libre determinación de su proyecto de vida, puesto que esta es su convivencia marital con un joven por considerar ella misma que es la situación que más favorece su bienestar físico, material y emocional. De esta decisión judicial, se analiza si pasa el test metodológico propuesto por Alda Facio, para determinar si lo resuelto contempla enfoque de género y no es sexista.

La importancia de tal ejercicio es trascendental cuando se valúa que desde la judicatura, se realiza la acción de interpretar y dotar de contenido la norma jurídica, cuyo producto -resolución judicial- tendrá un impacto directo en su destinatario; es decir, las y los adolescentes, pero también de manera indirecta en el conglomerado social.

De esta manera, el fenómeno jurídico, en palabras de Alda Facio, no se reduce a la ley formalmente generada (componente formal-normativo), sino también de las leyes que se forman a través de la administración e interpretación de esas leyes formalmente generadas (componente estructural), y si las leyes que se forman a través de la costumbre, tradición, política, el conocimiento y uso que la gente les dé a las leyes (componente político-cultural) debe ser analizado con nuevos lentes que expandan la visión de la persona juzgadora, para que las decisiones que deban tomarse, lejos de ser acciones discriminatorias, contengan un análisis con enfoque de género-sensitivo, es decir, que la decisión judicial responda a criterios de equidad.

> Alrededor de 14 millones de niñas y mujeres menores de 20 años de edad dan a luz cada año en el mundo. Se estima también que las adolescentes se someten a 2,5 millones de los aproximadamente 19 millones de abortos inseguros que tienen lugar anualmente en el mundo en desarrollo. Estos datos hablan por sí solos. Demuestran que los gobiernos y las sociedades deben reconocer a los jóvenes como personas sexualmente activas y, por lo tanto, deben garantizarles sus derechos sexuales y reproductivos mediante políticas, leyes y programas específicos.
>
> Fuente: Fondo de Población de las Naciones Unidas. *El Estado de la población mundial.* 2004. Adolescentes, jóvenes, principales cuestiones de salud y desarrollo.

ANÁLISIS DEL FENÓMENO SOCIO-JURÍDICO DESDE EL MÉTODO DE ALDA FACIO

Estando en un importante estadio de transición entre el paradigma del modelo tutelar y el de la protección integral de la niñez y la adolescencia, cuyos postulados son diametralmente opuestos, los obstáculos sociales y normativos para garantizar un franco respeto al ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de esta especial población son hasta cierto punto comprensibles mas no justificables.

Así tenemos, entre muchos otros desafíos, el tema de la sexualidad en los y las adolescentes. No obstante, hay importantes cifras y noticias en medios de difusión masiva e, incluso, vivencias en el interior de muchas familias de su concurrencia. Lo cierto es que parece existir una clara y colectiva negación o ceguera voluntaria frente a la práctica de las relaciones sexuales entre adolescentes, y por lo tanto, no les brindan la atención ni el abordaje apropiado y oportuno, lo que se traduce en una condición de desprotección.

Se han consignado hartos enunciados, "la adolescencia es una de las etapas más complejas e intensas en la vida de todo ser humano, una etapa donde tiene lugar nada más y nada menos, que la *construcción de la identidad".* Esta población se ubica entre los 10 y los 19 años, sin embargo, también entran en la clasificación de jóvenes que, de acuerdo con las Naciones Unidas, oscilan entre los 15 y 24 años de edad, por lo que en la actualidad hay más de 158 millones de jóvenes entre 10 y 24 años en América Latina y el Caribe, representando el 30 % de la población total, el mayor número en la historia de la región. Los 107 millones de adolescentes entre 10 y 19 años representan el 20% de la población total, el 80% de ellos viven en zonas urbanas.

En este importante y nada despreciable porcentaje de la población, según cifras de la Organización Panamericana de la Salud, en su Estrategia Regional para mejorar la salud de adolescentes y jóvenes, las enfermedades de transmisión sexual afectan a 1 de cada 20 adolescentes cada año; cerca de la mitad de las nuevas personas infectadas con VIH son adolescentes entre 15 y 24 años, y el 20% de los nacimientos en la región son de madres menores de 20 años, siendo no deseados el 40% de estos embarazos.

De esta manera, con estos alarmantes indicadores, sobre la condición de la salud sexual de los y las adolescentes, no es posible seguir evadiendo el tema, so pretexto que esta clase de derechos aunque fundamentales está todavía en construcción de contenido, por

considerárseles de cuarta generación, especialmente en el sector justicia que tiene la delicada labor de resolver conflictos de derechos que se contraponen a los de niños, niñas y adolescentes.

En el marco evolutivo de los derechos sexuales, es apenas en las últimas décadas del siglo XX cuando de manera muy incipiente se inicia la construcción de la terminología y de los mecanismos para garantizar su ejercicio. Como se indicó *supra*, esta construcción también ha tenido que derrumbar antiguos paradigmas, abandonando la visión paternalista, controladora y negativa del Estado, para pasar a un verdadero interés público por los derechos de niños, niñas y adolescentes, incluso frente a aquellos "derechos" que sobre los hijos e hijas, se creía que los padres tenían, legitimados por la misma norma jurídica plagada de una visión adultocéntrica, regulando la conducta de los y las adolescentes e, incluso, el uso del propio cuerpo. Sin embargo, en la actualidad, esta visión ha sido superada o, al menos, se encuentra en proceso de serlo.

La Convención sobre los Derechos del Niño introduce el principio de las capacidades evolutivas que representa profundas implicaciones. Este principio fue adoptado por la *Declaración de Derechos Sexuales de la Federación Internacional de Planificación de la Familia* que establece que "los derechos y protecciones garantizados para las personas menores de dieciocho años de edad difieren de los de los adultos y deben tomar en cuenta las capacidades evolutivas del menor como individuo para ejercer sus derechos en su propio nombre".

Conforme el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, esta capacidad evolutiva está circunscrita a la *dirección y orientación proporcionada por los padres u otras personas con responsabilidad del niño o de la niña.* Es decir, el concepto reconoce que los niveles de protección relativos a la participación de las personas menores de edad disminuyen de acuerdo con su capacidad evolutiva. Pero, ¿qué es esta capacidad en términos evolutivos?

No existe una definición universal, y se está lejos de formularla de manera sencilla. El Dr. Gerison Lansdown ha llegado a esa conclusión, ya que intervienen variables concebidas de manera distinta en la sociedad, las cuales incluyen aspectos sociales, económicos y culturales; pero es distinto, si se pretende definir en términos sicológicos, cuyas teorías no logran consenso.

Sin embargo, hay un punto de partida importante que este autor señala:

> […] a mayor capacidad de ejercicio, menor intervención en la dirección y orientación parental, es decir, la capacidad que se adquiere conforme las experiencias, la cultura, la orientación y dirección apropiada de los padres, es lo que orienta a brindar un mayor margen de toma de decisiones en niños, niñas y adolescentes, por lo que, la edad no debe ser el único punto de partida en términos de las capacidades evolutivas. (Lansdown, 2005).

En esta línea evolutiva de construcción de los derechos sexuales, se ha ido separando progresivamente de estos, el de salud reproductiva, es decir, teniendo en cuenta que la sexualidad va más allá de los fines reproductivos. Por ello, no pueden dejar de mencionarse dos importantes instrumentos internacionales que introdujeron el tema por primera vez, permitiendo superar un enfoque demográfico: la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo realizada en El Cairo (1994) y la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer realizada en Beijing (1995) que incorpora la expresión “derechos sexuales”.

De acuerdo con esta construcción, la Organización Mundial de la Salud definió en el 2002 que los derechos sexuales abarcaban derechos humanos reconocidos por leyes nacionales, documentos internacionales de derechos humanos y otros acuerdos de consenso, los cuales son parte integral e indivisible de los derechos humanos universales. Por ello, están íntimamente vinculados a la autodeterminación, la identidad personal y sexual y el libre desarrollo de la personalidad. Por eso involucran todo un catálogo abierto de derechos, destacando el *derecho a la libertad y autonomía sexual, a equidad, igualdad y vivir libre de toda discriminación, a la elección de pareja, información y educación sexual, libertad reproductiva, atención y salud sexual y reproductiva, entre otros.*

Desde esta mirada, el centro de atención de los derechos sexuales se sitúa principalmente en el derecho a una sexualidad libre de coacciones, discriminaciones y violencia. Si bien desde el movimiento de mujeres, se reconoce la indudable necesidad de identificar los derechos sexuales en términos de violaciones de derechos, también se reivindica la necesidad de definirlos desde una óptica más positiva que ponga el acento en el derecho a gozar plenamente del cuerpo.

Así tenemos que es frecuente escuchar las posturas más conservadoras desde las trincheras de algunas denominaciones religiosas, las cuales no pueden ser tomadas a la ligera, pues como Juan Marco Vaggione lo afirma:

> *Las religiones no sólo son una voz de los debates sino que también tienen una fuerte influencia en la toma de decisiones […] politizar la sexualidad, rediscutir sus fronteras legales y sus regulaciones culturales implica, de manera inevitable, debatir el rol de las religiones en las sociedades contemporáneas. Lejos de replegarse, lo religioso es una dimensión crucial en la mayoría de los países y es, precisamente, el debate sobre la regulación legal y moral de la sexualidad una arena donde su presencia se vuelve más palpable.* (Vaggione, 2009, pp. 2 y 3).

De acuerdo con Vaggione (p. 3), las políticas emancipadoras de la sexualidad han implicado un cambio en el campo religioso, pues:

> en la actualidad se escuchan discursos religiosos que sostienen una postura favorable a la libertad y diversidad sexual. Lo religioso obedece a un contexto determinado y si bien, algunos sectores religiosos han intensificado su defensa de una postura rígida hacia la sexualidad, como forma de sostener un control social más amplio, otros encuentran en los principios y creencias religiosas las bases para defender posturas feministas y/o favorables a la diversidad sexual. (Vaggione, p. 3).

En adición, voces disonantes también provienen de la comunidad jurídica, las cuales niegan o minimizan el carácter de derechos humanos, sobre todo los derechos sexuales. De acuerdo con De Barbieri (1999), citado por Cristina Maoño y Norma Vázquez:

Las ambigüedades y vacíos existentes en la formulación de los derechos sexuales y reproductivos realizada por las Conferencias Mundiales auspiciadas por la ONU, se explican porque, estos derechos tienen un estatus jurídico débil, pues han sido consensuados en programas y plataformas de acción que no son jurídicamente vinculantes para los signatarios; en las mismas se hacen reiterados llamados a que el Estado, la sociedad civil y las organizaciones de mujeres adopten determinadas acciones, sin fijar de manera clara las tareas correspondientes a cada uno de esos sujeto; y no existen tribunales internacionales a los que recurrir en caso de violación de alguno de estos derechos […]

De lo anterior se desprende que el tema de los derechos sexuales sigue siendo un tema amenazado y sensible a los valores culturales y religiosos. Sin embargo, es necesario tener claro que estos discursos están plagados de la ideología hegemónica que brinda un trato desigual y discriminatorio para los más vulnerables: la mujer, los niños y las niñas, así como otros grupos minoritarios. Por lo tanto, no deberían tener el nivel de incidencia que actualmente poseen en espacios políticos y particularmente en la creación e interpretación de la norma jurídica, ya que las creencias de esta índole –religiosa- no pueden ser estandarte para privar o negar el ejercicio de derechos fundamentales de un determinado grupo de la sociedad.

Por ello, se sostiene que los derechos sexuales son derechos humanos universales, fundados en la libertad y la dignidad, y que al igual que los otros, persiguen la libre determinación de las personas en un marco de justicia social y ciertamente siguen estando en construcción; pero no por ello, desprotección.

Un ejemplo de esta tesis desarrollada en la jurisprudencia que desde la interpretación de la norma jurídica ha ido plagando de contenido estos derechos ha tenido lugar en Perú (2013), a través de la **Acción de Inconstitucionalidad** n.º 0008-2012-PI/TC, la cual promovió el pronunciamiento del tribunal constitucional que expulsó del ordenamiento el inciso tercero del artículo 173 del Código Penal, el cual sancionaba las **relaciones sexuales con adolescentes** entre 14 y 18 años de edad, por considerarlo inconstitucional. Señaló principalmente como fundamento la sanción indistinta del consentimiento que podrían expresar los titulares del derecho a la libertad

sexual como manifestación de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, por lo que las relaciones sexuales consentidas con adolescentes han dejado de ser delito o infracciones a la ley penal.

En el caso de Colombia, (2004) mediante la **Acción de Inconstitucionalidad** n.º C-507/04, el tribunal constitucional declaró que era inconstitucional fijar la edad mínima de 12 años para que las mujeres contrajeran matrimonio, cuando para los hombres era de 14, lo cual estaba regulado en el artículo 140 numeral 2 cc, por afectar en alto grado (1) el derecho al desarrollo libre armónico e integral de las menores y el pleno ejercicio de sus derechos; (2) el derecho a que el Estado adoptara las medidas de protección adecuadas y necesarias para garantizar tales derechos; y (3) el derecho a la igualdad de protección de los niños y las niñas. Impedir el matrimonio de las mujeres a los 12 años afectaba levemente; por el contrario, (4) el derecho a conformar una familia, (5) el derecho a la autonomía y (6) no desconoce el margen de configuración del legislador en materia de matrimonio. Por lo tanto, se adoptaban parámetros mínimos de protección que no impedían desconocer libertades so pretexto de imponer políticas "paternalistas".

De esta manera, ante el desafío de resolver desde el despacho judicial del área centroamericana, en un particular caso de una adolescente que demandaba su derecho a la autonomía personal en el ejercicio de su sexualidad, se analizaron el abordaje y la decisión judicial, a través de los "pasos" que esquemáticamente conforman el método de Alda Facio para determinar si el fenómeno jurídico suma al proceso de construcción y vigencia de los derechos sexuales de los y las adolescentes, mediante un enfoque de género sensitivo que tenga conciencia de la peticionaria como persona, adolescente, mujer, con sus intereses y necesidades específicos, o si cegado a estos aspectos, se resuelve con un carácter sexista y, por ende, discriminatorio.

EJERCICIO METODOLÓGICO

PLANTEAMIENTO DEL CASO

Patricia (nombre ficticio), adolescente de 15 años de edad, tiene historia de abuso sexual de su progenitor desde los once años y ha sido víctima sistemática de maltrato por ambos progenitores, por lo cual el padre por violación de menor y la madre por encubrimiento han sido condenados penalmente. La adolescente y el grupo de hermanos están bajo medida judicial de acogimiento familiar al lado de la abuela materna. En este ambiente familiar, también recibe discriminación, malos tratos y trato desigual por el conflicto familiar del que es considerada responsable. En el ambiente escolar, experimenta revictimización por la violencia sexual de que fue objeto, configurándose *bullying* escolar que causa su deserción. Decide hacer convivencia con un joven de 19 años de edad y salir de la protección judicial y familiar, planteando la petición al juzgado para que se deje sin efecto la medida en que se encuentra y que se le permita hacer su vida al lado de este joven. Su cuidadora demanda que le sea entregada y que se sujete a la medida de protección.

El juzgado previo a la evaluación técnica –sicosocial educativa- y escucha activa de la adolescente resuelve dar por terminada la medida de protección de acogimiento familiar e informa a la Fiscalía General de la República, a fin de que se establezca la responsabilidad penal o no por la posible configuración de ilícito por parte del joven conviviente de la solicitante, y archiva el proceso luego del respectivo seguimiento por tres meses.

PASO 1. Tomar conciencia a partir de la experiencia personal, de la subordinación del género femenino al masculino. Se parte de la toma de conciencia a partir de la experiencia personal de la mujer, sector social sometido a algún grado de subordinación que forma parte de una realidad colectiva; es decir, de otras mujeres que, independientemente de la edad, sector social, nivel educativo y otros, también se encuentran o viven sujetas a algún grado o nivel de opresión.

Tal es el caso de Patricia, de 15 años de edad, segunda de cinco hermanos y la mayor de las mujeres, escolarizada, proveniente de zona rural, en condición de exclusión social y víctima de violencia física, sicológica y sexual sistemática por parte de sus progenitores. A

raíz de esta caracterización, se identifica claramente su posición de subordinada, invisibilizada y cosificada por sus agresores.

Toda la caracterización detallada enmarca el sistema hegemónico patriarcal donde la adolescente se desarrolla, y de ahí se deriva la obligación de "sospechar" de todas las instituciones y estructuras patriarcalmente construidas a su alrededor. En esa línea, se sospecha si las instituciones involucradas en el fenómeno socio-jurídico en análisis son neutrales o más bien tienen una inclinación o sesgo patriarcal en su constitución.

Como resultado, en la *institución familiar*, se demanda el sometimiento de la adolescente de manera irrestricta al seno familiar, sin tomar en cuenta su opinión o sentimiento, solamente por la existencia del vínculo biológico hacia la guardadora, -la abuela materna-. En la *institución educativa*, se identifica una revictimización colectiva mediante la figura del acoso escolar, sobre la base de una percepción social que censura la cohabitación de las personas menores de edad y su desvalorización como mujer abusada. Finalmente en la *institución judicial,* se sospecha que Patricia es susceptible a la falta de acceso oportuno y eficaz a la justicia, y que aun accediendo a ella, corre el riesgo de recibir una decisión tomada a partir de estereotipos enquistados en el sistema hegemónico patriarcal y, por ende, el modelo de la situación irregular.

PASO 2. Profundizar en la comprensión de lo que es sexismo y sus manifestaciones Las manifestaciones del *sexismo*[1]**,** sobre todo aquellas que más se acercan al caso, conducen a identificar las consecuencias del fenómeno, es decir, la violación sexual sistemática de Patricia por parte de su progenitor, y su encubrimiento del mismo por la madre, y a partir de ahí analizar la resolución que se le aplicó. Así, se identifican las siguientes manifestaciones sexistas:

a) *Androcentrismo*

Está presente en el fenómeno jurídico y en la resolución judicial objeto de análisis. Se destaca que la decisión judicial contempla una referencia a la legislación androcéntrica imperante -norma penal- que compele a la persona juzgadora a informar a la jurisdicción penal. No obstante, se pretende en la jurisdicción familiar dar una respuesta alejada de ese androcentrismo legal que sanciona las relaciones sexuales de la adolescente, reconociendo el ejercicio progresivo de las facultades de Patricia.

b) *Insensibilidad al género*

Se manifiesta especialmente en la normativa penal que sanciona la relación sexual con adolescentes, ignorando la validez de la variable sexo que, en este caso, se encuentra íntimamente identificada con la construcción de género, esto por las condiciones particulares de Patricia que no deberían interesar al sistema penal y que no debería inclinarse en la censura de la conducta por ser mujer menor de edad o por protección desmedida. Este sistema quiere imponer determinada moral social concordante con los intereses estatales del mantenimiento de las conductas socialmente deseables. La resolución familiar pretende remediar esta insensibilidad a la que se agrega una doble insensibilidad (género y edad), incluyendo la visibilización del rol que se le ha querido imponer en el contexto familiar, versus las necesidades reales de esta adolescente y opta por proteger estas últimas.

1 Entendemos que según Alda Facio, el sexismo es la creencia fundamentada en una serie de mitos, sobre todo en la superioridad natural y única del sexo masculino sobre el femenino.

c) *Doble parámetro*

Se considera a la hora de resolver la continuidad o no de la medida de acogimiento familiar al lado de la abuela materna, de quien se observa un doble discurso sobre el mismo hecho. Por un lado, sanciona la conducta sexual de la adolescente, como la causante de la privación de libertad de su hija y yerno -destrucción de la familia-; y por otro, minimiza o invisibiliza la responsabilidad hacia la madre -encubridora- y guarda silencio y no censura la conducta del agresor, por ser el hombre y jefe de familia, siendo en realidad el verdadero causante de la situación.

d) E*l deber ser*

A partir de lo que se considera "normal" de la adolescente mujer. Patricia debería quedarse en casa, atender a su familia -previo a intervención del sistema penal-; posteriormente, este deber ser se constituye al lado de la abuela materna, quien demanda de Patricia el mismo rol, por encima de sus reales necesidades y aspiraciones como persona y de su proyecto de vida. La resolución contempla estos últimos aspectos por encima del deber ser que, en razón del género o edad, le es impuesto socialmente.

PASO 3. Identificar cuál es la mujer que la ley contempla como "el otro", con respecto al paradigma de "ser humano" (hombre) y analizar a la mujer en sus distintas versiones

¿Cuál es la mujer-persona? Se trata de Patricia, la adolescente de 15 años de edad, segunda de cinco hermanos, con octavo grado de escolaridad, católica, en condición de exclusión social. En esta mujer adolescente confluyen muchos factores de vulnerabilidad, atendiendo a la interseccionalidad de condiciones a su alrededor, valga mencionar: su género femenino, etaria como menor de edad –tradicionalmente aparejado a incapacidad-; con escaso desarrollo social y educativo, limitada culturalmente por el sistema patriarcal; sometida a la preservación de patrones culturales de dominación; víctima de diversas modalidades de violencia.

De tal manera, durante un considerable tiempo, este prototipo de mujer sistemáticamente violentada la ubica en una especial condición de vulnerabilidad en el más amplio sentido, no solo de su institución primaria, familia, sino de la educativa e, incluso, de la judicial, a la que no ha tenido acceso oportunamente.

PASO 4. Identificar la concepción o estereotipo de mujer que sirve de sustento al texto

Patricia es la mujer adolescente, objeto de placer sexual de su agresor, objeto utilitario de la familia, al servicio y cuidado de esta, y finalmente de sometimiento del nuevo entorno familiar al lado de la cuidadora. En cuanto a la normativa aplicable (componente formal normativo), convergen, como ya se indicó, dos tipos de regulación, por un lado, del sistema penal que concibe a la mujer menor de edad incapaz para decidir sobre su propio cuerpo y proyecto de vida; y por otro lado, el sistema de protección de la niñez y la adolescencia que concibe a la mujer menor de edad, sujeta de derechos y, por lo tanto, con capacidad progresiva en el ejercicio de estos, siendo esta última la opción fundamental de la decisión judicial.

PASO 5. Analizar la situación tomando en cuenta los componentes estructural y político-cultural

Componente estructural: Desde la interpretación que las instituciones involucradas, siendo estas el organismo administrativo de protección de la niñez y la adolescencia, los juzgados penal y de protección de la niñez y la adolescencia, centro educativo y los equipos interdisciplinarios de apoyo a los juzgados de la niñez y la adolescencia, se asume desde un primer momento, una posición paternalista, específicamente del primero de ellos, quien al tener conocimiento del hecho, sustrae del medio familiar a Patricia y hermanos, para ser colocada institucionalmente y luego ser entregada a sede judicial, a fin de que se tome la decisión pertinente.

En sede judicial, luego de un tiempo considerable, la resolución que puso fin a la problemática de vulneración de derechos de Patricia resultó ser de tipo integral y bajo una interpretación que se consideró de derechos humanos y, por lo tanto, con perspectiva de género, ya que se consideraron las especiales condiciones de la usuaria. Aunado a ello, se respetó el ejercicio progresivo de las facultades de la adolescente, en un claro ejercicio de la autodeterminación En el caso en concreto, el deseo de la adolescente era permanecer en un

nuevo hogar al que se sentía identificada, integrada, protegida y apoyada al lado de su pareja, con quien la unían fuertes lazos afectivos.

De acuerdo con la resolución tomada, se interpretó que acceder a lo peticionado no vulneraba derechos, ni colocaba a la adolescente en riesgos, ya que se tuvieron otras providencias judiciales de acompañamiento y seguimiento en el área educativa y social. En ese sentido, el deseo de Patricia fue producto de cierto grado de madurez que, en las particulares condiciones de ella, iba en su propio beneficio, y se analizó que, aunque no lo fuera, era su derecho asumir decisiones y afrontar los posibles riesgos. Esto es lo que se ha llamado la *dignidad del riesgo.*

No puede dejar de mencionarse que esta resolución se aparta de la línea jurisprudencial tradicional, en cuyo camino interpretativo, bajo el estandarte de la protección, se niega el ejercicio progresivo de las capacidades. En esta línea, el resultado hubiera sido posiblemente que se le obligara a regresar al lado de su abuela materna hasta alcanzar la mayoría de edad, siendo esta una intervención estatal a ultranza, en el entendido de que será capaz para autodeterminarse desde una perspectiva civilista, hasta alcanzar la mayoría de edad, lo que limita el ejercicio de los derechos y niega la titularidad de estos.

Componente político-cultural

A partir del componente político, se vislumbran importantes avances en la protección de la niñez y la adolescencia, en el cambio de paradigma tutelar por el de protección integral, mediante políticas e instituciones que intervienen en esta dirección. Empero, desde el componente cultural, se denotan importantes recelos en el sentir de la población destinataria de estas políticas y normas e, incluso, de personas funcionarias u operadoras del sistema, como se indicó, de la misma interpretación judicial tradicional.

Desde la perspectiva cultural, se advierten otros escollos, como parte de la imperante visión androcéntrica representada aquí por la abuela materna, quien a toda costa desea recuperar la custodia de su nieta, sin valorar los deseos ni las aspiraciones de vida de esta, minimizando también la gravedad de la victimización física, psicológica y sexual de que fue objeto su nieta, esto porque en gran

medida, el agente agresor converge en la figura masculina, padre, esposo, yerno, proveedor dotado de toda autoridad, con la finalidad de prevalecer la “unidad” y la “paz” de la familia.

En la misma línea, del centro educativo se advierten conductas discriminatorias hacia Patricia, tanto de parte de sus pares como de los mismos docentes, esto por la concepción ideológica del patriarcado, de que una mujer mantiene su dignidad en tanto es “virgen” y “honesta”. De tal suerte, en el caso de Patricia, su dignidad fue extinguida del imaginario social. En adición a ello, establecer convivencia con otro par, de alguna forma a los ojos de la sociedad, convalida la actuación de su agresor.

PASO 6. Colectivizar el análisis en distintos sectores de la población, con miras educativas y concientizadoras

A raíz de la implementación de un sistema de protección integral, la educación y la sensibilización en el tema de los derechos humanos de los y las adolescentes están necesariamente inmersos. Por ello, se vislumbra esta actuación judicial como una contribución a la elaboración de este paso. En el caso concreto, en primer lugar, el juzgado competente realizó *sororidad* con Patricia en tanto mujer, adolescente, en las condiciones de vulnerabilidad ya explicadas, desde el conocimiento personal; y en segundo lugar, a nivel institucional, se implementó una serie de jornadas psicoeducativas en el centro escolar y comunidad de residencia de Patricia con la finalidad, en términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de garantía de no repetición, efectivizando las políticas estatales y los fines de la protección integral. Esto puede ser visto como una contribución, para paliar los escollos culturales *supra* mencionados, y en general, propiciar el cambio de mentalidad cultural anhelado desde la perspectiva de género, impulsando mayor apertura en ese microcosmo que resulta ser común a nuestra realidad latinoamericana.

CONCLUSIONES

Desde la perspectiva género-sensitiva, se observa un doble fenómeno socio-jurídico, ya que, por un lado, se observa la violencia sexual en contra de la mujer adolescente, y por otro lado, el ejercicio de la capacidad progresiva en la autodeterminación de la persona adolescente, de quien se considera que tiene pleno conocimiento y conciencia de su proyecto de vida.

Sin afán de creer que se ha llegado a un examen exhaustivo de todas las aristas que el fenómeno socio-jurídico analizado presenta, con base en los pasos metodológicos de la autora Alda Facio, se deriva que, en gran medida, la resolución judicial representa un importante avance en el cumplimiento efectivo de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la Declaración de Derechos Sexuales de la Federación Internacional de Planificación de la Familia, en consonancia con la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Se advierte en la sentencia analizada, que la garantía al derecho de opinión y preferencias de la persona menor de edad en cuanto a su proyecto de vida incluyó el respeto a sus derechos sexuales que, como se vio, incidió a su vez en su dignidad como persona y en potenciar el ejercicio de otros derechos fundamentales como en este caso, la libre elección de pareja, de manera que no solo se garantizó el derecho, sino que fue tomado en cuenta para la decisión.

Al profundizar en la relación dialéctica que se da entre todos los componentes: formal-normativo, estructural y político-cultural del fenómeno socio-jurídico en estudio, se arriba a la conclusión de que la solución del conflicto es un esfuerzo por parte del componente estructural representado por el órgano judicial que realiza una interpretación no androcéntrica del componente formal-normativo.

Es pues un intento no discriminatorio que rompe los esquemas tradicionales que la institucionalidad hegemónica y la legalidad tradicional han querido imponer desde siempre a la mujer. Se hace un quiebre con respecto a esos determinados comportamientos ideales que la sociedad ha censurado por alterar el equilibrio patriarcal.

Se considera por, ende, que, con base en criterios de equidad y de aplicación de la convencionalidad, se logra el propósito de romper con el modelo tutelar en aras de la protección integral, resolviendo a favor no solamente de los derechos de la persona adolescente, sino a favor de influenciar el componente cultural. A pesar de la incidencia del componente cultural tradicional de censura moral, sus prenociones e intentos de invisibilizar el verdadero hecho generador de la situación de Patricia, se logra avanzar según el parecer de las autoras, mediante la resolución de este conflicto en concreto, en el proceso de concientización tanto en lo interno del componente estructural, como en lo externo en la educación y la proyección hacia la comunidad.

En vista de los resultados objetivos de un esfuerzo interpretativo con enfoque de género, no es posible dejar de exhortar a los operadores del sistema judicial; pero especialmente a las personas juzgadoras, a sumarse a este cambio estructural del fenómeno socio-jurídico, identificando en cada caso del despacho, la posibilidad de trascender los modelos tradicionales basados en la desigualdad y la discriminación, por decisiones judiciales en armonía con los derechos humanos, privilegiando a la persona más que un sistema, prenoción, tradición o patrón cultural, en especial si se trata de personas menores de edad, cuya ponderación de derechos no puede resultar exitosa, si no se destacan todos los indicadores y/o aristas circundantes a la especial condición que ocupan en la sociedad, y los roles para ellos y ellas prediseñados.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Facio, A. (1999). *Cuando el género suena cambios trae*. (Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal. San José,

Costa Rica: ILANUD. Tercera edición.

Alicia Mesa, S. C. (2005). *Derechos sexuales de adolescentes. Marco Internacional.* (C. d. (CDHDF), Ed.) Recuperado el 2015, de https://es.scribd.com/.../Derechos-Sexuales-de-Adolescentes-Marco-Internacional

Innocenti, G. L. (2005). *La Evolución de las facultades del Niño-UNICEF.* Obtenido de www.unicef.org/lac/evolving-spa.pdf

INPPARES-UNFPA. (2013). *Tribunal constitucional: Fundamentos y alcances de una sentencia que reconoce derecho a la libertad sexual de adolescentes.* Obtenido de www.unfpa.org.pe/.../INPPARES-UNFPA-TC-Documento-Operadores-d

IPPF. Federación Internacional de Planificación de la Familia. Región del Hemisferio Occidental. (2010). *Derechos sexuales y reproductivos de la gente joven.* Obtenido de https://www.ippfwhr.org/sites/default/files/libro_espanol.pdf

Maoño, C. (s.f.). *Derechos sexuales y reproductivos.* Obtenido de http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/66

Maoño, C., & Vásquez, N. (11 de noviembre de 2015). *Derechos sexuales y reproductivos*. Obtenido de Diccionario de acción humanitaria y cooperación al desarrollo: http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/66

Maoño, Cristina. (11 de noviembre de 2015). *Derechos sexuales y reproductivos*. Obtenido de Diccionario de acción humanitaria y cooperación al desarrollo: http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/66

Petchesky, S. C. (1994). *Derechos sexuales y reproductivos: una perspectiva feminista. .* Boston: Escuela de Salud Pública de Harvard.

Quinn, G. (s.f.). Personalidad y capacidad jurídica: Perspectivas sobre el cambio de paradigma del Art. 12 CDPD.

Salud., O. P. (2008). *Estrategia regional para mejorar la salud de adolescentes y jóvenes, CE 142/13 Rev.2.*

UNICEF. (2008). *Desarrollo Positivo adolescente en América Latina y el Caribe.* Panamá, República de Panamá. Obtenido de resoluciones aprobadas por la Asamblea General durante el 36° periodo de sesiones.

Vaggione, J. M. (2009). *Sexualidad, religión y política en América Latina.* Río de Janeiro: Universidad Nacional de Córdova, CONICET.

PODER JUDICIAL DE COSTA RICA
Escuela Judicial
"Lic. Édgar Cervantes Villalta"
Teléfonos: 2267-1541, 2267-1540, Fax: 2267-1542 Apdo.:285-3007
Pagina web:http://www.poder-judicial.go.cr/
http://www.escuelajudicial.go.cr
Escuela Judicial Ciudad Judicial, San Joaquín de Flores, Heredia, Costa Rica

www.facebook.com/escuelajudicial

www.twitter.com/@EJ_CR