Poder Judicial

Nº 125

ISSN 2215-2385

Revista Judicial

REVISTA JUDICIAL

ISSN 2215-2385

Diciembre 2018

DIRECTORA
Dra. Vilma Alpízar Matamoros
Revista Judicial. Escuela Judicial. Poder Judicial

CONSEJO EDITORIAL
Licda. Ileana Guillén Rodríguez
Directora Escuela Judicial.
Poder Judicial.

Suplente
Licda. Kattia Escalante Barboza
Subdirectora a.i. Escuela Judicial.
Poder Judicial

M.Sc. Jorge Olaso Álvarez
Integrante Consejo Directivo Escuela Judicial. Poder Judicial

Suplente
M.Sc. Hubert Fernández Argüello.
Juez del Tribunal de Apelaciones de la Jurisdicción Contencioso - Administrativo, Poder Judicial

Dra. Sandra Eugenia Zúñiga Morales
Jueza del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal. Poder Judicial

M.Sc. Raymond Porter Aguilar
Juez del Tribunal Penal III Circuito Judicial.
Poder Judicial

Suplente
M.Sc. Yerma Campos Calvo.
Jueza de Familia, Niñez y Adolescencia.
Poder Judicial

M.Sc. Diego Benavides Santos.
Juez Tribunal de Familia.
Poder Judicial

Suplente
M.Sc. Fabián Arrieta Seglau.
Centro de Apoyo, Coordinación y Mejoramiento de la función jurisdiccional
Poder Judicial

M.Sc. Xinia Fernández Vargas
Secretaría Técnica de Género.
Poder Judicial

MBA. Magdalena Aguilar Álvarez
Coordinadora del Área de Servicios Técnicos
Escuela Judicial

Suplente
MBA. Marisol Barboza Rodríguez
Especialista en métodos de Enseñanza.
Escuela Judicial

REVISTA JUDICIAL
Nº 125, diciembre 2018
Fundada en 1976
ISSN: 2215-2385

Edición preparada por la Escuela Judicial
Poder Judicial

Publicación semestral

revistajudicial@poder-judicial.go.cr

DIRECTORA/EDITORA
Vilma Alpízar Matamoros
valpizar@poder-judicial.go.cr
valpizar@yahoo.com

Diseño de la portada:
Raúl Barrantes Castillo

Diagramación e impresión:
Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial

Colaborador:
Román Bresciani Quirós

Revisión filológica:
Licda. Irene Rojas Rodríguez

© Edición aprobada por el Consejo Editorial de la Revista Judicial

CANJE
Sistema de Bibliotecas Escuela Judicial
San Joaquín de Flores, Heredia
Ciudad Judicial
Teléfono: 2267-1541

CORRESPONDENCIA Y SUSCRIPCIONES:
Revista Judicial, Escuela Judicial:
revistajudicial@poder-judicial.go.cr

DIRECCIÓN SITIO WEB REVISTA JUDICIAL
http://www.poderjudicial.go.cr/revistajudicial/

CORREO ELECTRÓNICO:
revistajudicial@poder-judicial.go.cr

Prohibida la reproducción total o parcial. Todos los derechos reservados. Hecho el depósito de ley.

SUMARIO

PRESENTACIÓN 7

ARTÍCULOS

Los antecedentes legislativos previos a la reforma procesal laboral introducida por ley número 9343.
Dr. Jorge Olaso Álvarez 11

Violencia obstétrica y su abordaje constitucional en Costa Rica
M.Sc. Yerma Campos Calvo 41

Los derechos de la naturaleza, una visión jurídica de un problema paradigmático.
Msc. Álvaro Sagot Rodríguez 63

Abordaje del conflicto penal juvenil a la luz de la Justicia Penal Juvenil Costarricense.
LLM. Alonso Salazar Rodríguez. 103

El abogado del menor como una verdadera garantía de protección de sus derechos en los procesos judiciales.
M.Sc. Paola Amey Gómez y M.Sc. Ana Cristina Fernández Acuña 127

Garantías Autónomas o at First Request
Dr. Fernando Mora Rojas 143

La desproporción en el monto de las pensiones alimentarias
MSc. Ricardo Núñez Montes De Oca 157

La función constitucional de control parlamentario.
M.Sc. Alex Rojas Ortega 167

La carta de despido en la reforma procesal laboral.
Lic. Jorge Mario Soto Álvarez 179

Legislación relacionada a los derechos de las mujeres versus crecimiento de la violencia contra la mujer en Costa Rica.
M.Sc. Maricruz Hidalgo Madrigal 187

La confesión judicial de cara a la Reforma Procesal Laboral.
Licda. Aura Lisseth Cedeño Yanes 193

"La tutela de los derechos humanos ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ): la protección diplomática y el caso Diallo"
MSc. Marvin Vargas Alfaro 219

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA
Origen del interdicto de reposición de mojones y su errónea aplicación jurisprudencial en relación con los interdictos de amparo y restitución de la posesión.
Dr. Francisco Chacón Bravo 219

ENTREVISTA 235

RESEÑA DE LIBROS O INVESTIGACIONES 241

PERSONAS QUE COLABORARON PARA ESTE NÚMERO. 245

NORMAS DE PUBLICACIÓN..... 249

PRESENTACIÓN

La diversidad que presenta el derecho actualmente, nos permite conocer diferentes campos en que especialistas en la materia comparten con nosotros su valioso conocimiento.

Gracias a ellos podemos estar al tanto de cómo se van desenvolviendo muchas ramas del derecho con las cuales quizá no tengamos tanto contacto.

Es así, como los artículos que nos regalan las personas autoras nos ayudan a entender distintos fenómenos y el acontecer en temas de actualidad.

Escribir no es fácil. Requiere tiempo, estudio, dedicación y robarle un poco de tiempo a la familia o a actividades personales.

Por tal motivo la Revista Judicial agradece profundamente a todas las personas que han colaborado por medio de sus artículos e investigaciones con esta labor de dar a conocer temas novedosos, jurisprudencia, publicaciones y el acontecer en diversos campos del mundo jurídico.

Hoy tenemos el gusto de llevarles la edición número 125 de la Revista Judicial, con una variedad de artículos de derecho de Familia, Laboral, Civil, Comercial, Ambiental, Género y Constitucional.

También compartimos con ustedes una entrevista con la Licda. Ileana Guillén Rodríguez, Directora de la Escuela Judicial, siempre con la idea de conocer a las y los funcionarios y a la labor que desarrollan en el Poder Judicial.

Esperamos, que disfruten de este número y como de costumbre los animamos a escribir y contribuir a un mejor conocimiento del derecho.

Dra. Vilma Alpízar Matamoros
Directora Revista Judicial

Artículos

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 125, págs 11-39 ISSN 2215-2385 / diciembre 2018

LOS ANTECEDENTES LEGISLATIVOS PREVIOS A LA REFORMA PROCESAL LABORAL INTRODUCIDA POR LEY NÚMERO 9343

Recibido: 10 junio 2018 **Aprobado 16 agost0 2018**

*Dr. Jorge Olaso Álvarez**
jolaso@poder-judicial.go.cr

RESUMEN

La década de 1940 en Costa Rica fue determinante para la consecución de muchas conquistas sociales. Algunas de ellas fueron el Código de Trabajo y las garantías que se incluyeron para la clase trabajadora. Ahora bien, la Reforma Procesal Laboral, que entró a regir el 25 de julio de 2017 en Costa Rica, se califica como la más importante desde aquel momento. Estuvo en la corriente legislativa por casi dos décadas, y una gran mayoría de diputados y diputadas la aprobaron. Conocer los antecedentes legislativos de esta gran reforma resulta pertinente para entender el proceso evolutivo que el país ha tenido en esta materia, y cómo, a pesar de las luchas de diferentes intereses políticos, estas fuerzas se unieron para realizar una nueva y necesaria promoción del derecho laboral. En razón de ello, el presente trabajo muestra el camino que ha llevado la legislación laboral más importante en Costa Rica y que ha permitido, en definitiva, el estado normativo actual con lo que se ha denominado la gran Reforma Procesal Laboral.

Palabras claves: *Reforma, proceso laboral, Costa Rica, derechos individuales, derechos colectivos, fueros especiales, principios procesales.*

ABSTRACT

The decade of 1940 in Costa Rica was decisive for the achievement of many social conquests. Some of them were the Labor Code and the guarantees that were included for the working class. Now, the Labor Procedural Reform, which came into force on July 25, 2017 in Costa Rica, is qualified as the most important since that time. It was in the legislative current for almost two decades, and a large majority of deputies and deputies approved it. Knowing the legislative history of this great reform is relevant to understand the evolutionary process that the country has had in this matter, and how, despite the struggles of different political interests, these forces came together to realize a new and necessary promotion of the right labor. Because of this, the present work shows the path that has taken the most important labor legislation in Costa Rica and that has allowed, in short, the current normative state with what has been called the Great Labor Procedural Reform.

Keywords: *Reform, labor process, Costa Rica, individual rights, collective rights, special jurisdictions, procedural principles.*

---

* Juez de la República de Costa Rica desde hace 28 años. Profesor universitario en la Escuela Libre de Derecho, Universidad de Costa Rica y Profesor de la Escuela Judicial de Costa Rica. Master en Derecho Laboral y de Seguridad Social de la UNED, actualmente, se encuentra terminando sus estudios de Doctorado en Derecho. Autor de las siguientes obras "La prueba en materia civil" y "La prueba en materia laboral", "Derecho Sancionatorio Laboral", "Manuel de Desarrollo Esquemático de la Reforma laboral" y autor de diversos artículos en materia civil, comercial y laboral. Ganador del Premio Ulises Odio por el libro "La prueba en materia laboral", en 2017. Laboró como Juez de Tribunal de Apelaciones en el Tribunal Segundo Civil, Sección Primera de San José. Magistrado de la Sala Segunda.

1. LOS ANTECEDENTES LEGISLATIVOS PREVIOS A LA REFORMA PROCESAL LABORAL INTRODUCIDA POR LEY N.º 9343

1.1. PROYECTO DE REFORMA INTEGRAL AL CÓDIGO DE TRABAJO DE 1943, DE LOS AÑOS OCHENTA. EXPEDIENTE 9234

A través del Decreto Ejecutivo n.º 10281-MTSS, publicado en la Gaceta de julio de 1979, se integró una comisión especial encargada de elaborar una revisión integral del Código de Trabajo y la normativa complementaria y adaptarlas a la doctrina de la época. La Comisión, en su inicio, fue integrada por los licenciados Óscar Bejarano Coto, Álvaro Valerio Sánchez, Antonio Hernández Brenes y el doctor Bernardo van der Laat Echeverría, y con esa integración, trabajaron un año hasta octubre de 1981.

La reforma promovía una separación entre el derecho sustantivo y el procesal y entre el derecho individual y el colectivo, dado que, en la normativa de 1943, se encontraban entremezcladas. A su vez, diferenciaba entre principios y disposiciones generales. Se dividía en 7 títulos y 42 capítulos. El título 1°, se denominaba "Derecho del trabajo"; el 2°, "De los contratos o relaciones individuales de trabajo"; el 3°, "Condiciones de trabajo"; el 4°, "De la protección de los trabajadores durante el ejercicio del trabajo"; el 5°, del "Derecho colectivo del trabajo"; el 6°, "De la prescripción, sanciones y responsabilidades"; y el título 7°, "Disposiciones finales".

En el Capítulo I, título I, se pretenden resaltar los grandes principios del proyecto, sin perjuicio de que, en la parte colectiva o individual, se incluyan los mismos enunciados, y se reitera el lineamiento de que la justicia social es un medio de libertad y de cooperación económica entre los diversos sectores interesados. Entre los motivos para no discriminar, es interesante que, ya para esos tiempos, se introducía la condición física para así proteger a las personas con discapacidad. Se desarrollaban principios esenciales del derecho del trabajo como lo son: el contenido mínimo de beneficios, la irrenunciabilidad de derechos, la especialidad de la legislación laboral y el principio pro operario. Se permitía la transacción en materia laboral en casos concretos.

En el Capítulo II, se promueven normas de contenido general, tales como la declaratoria de orden público de la legislación laboral y de aplicación obligatoria a toda relación de esa naturaleza. Con respecto a los sujetos del derecho del trabajo, se introduce una definición de "empresa", así como se promulga la imposibilidad de aplicar prácticas abusivas. En cuanto a la aplicación del derecho de trabajo en el territorio, se pretende introducir la situación del trabajo en el extranjero, cuando esa legislación establece derechos o beneficios superiores a los de la legislación nacional, también se establece la competencia de los tribunales nacionales para conocer de esos casos. En cuanto a las formas de integración de la normativa laboral, se varía el paradigma en relación con la norma constitucional, para que esa jerarquía surja primeramente de los convenios ratificados por la nación. Se establecen las bases de la política migratoria y se regula la contratación de personas trabajadoras costarricenses en el extranjero, para hacerlo más acorde a la realidad de ese momento histórico.

En cuanto al derecho individual al trabajo, se enfoca primero una regulación tendiente a desarrollar los principios relativos a los contratos individuales de trabajo, sus modalidades, los derechos y obligaciones de las partes, su suspensión y terminación. Al ser un proyecto que surge del Poder Ejecutivo, se busca hacer una regulación expresa del ius variandi.

El título IV presenta la particularidad de que enfoca el tema de la protección de las personas trabajadoras durante el ejercicio de sus labores, ya que la comisión redactora tomó en consideración

que, para esa fecha (1979), se encontraba presentado un proyecto de Ley de Riesgos de Trabajo sometido por el Poder Ejecutivo, al no ocurrir así, la Comisión decidió tomar íntegro el primer dictamen afirmativo de la Comisión Permanente de Asuntos Sociales.

El Capítulo II pretende realizar conceptualizaciones importantes en el contrato a tiempo indefinido, a plazo fijo o por tiempo determinado y, finalmente, por obra determinada o a precio alzado. Para limitar la posibilidad de los contratos a tiempo determinado, solo puede pactarse cuando lo permita la naturaleza accidental o temporal del servicio que se va a prestar o la obra que se va a ejecutar. En cuanto a contratos especiales, se incluyen los contratos de trabajo de campo, servicios de confianza, deportes profesionales y agentes de comercio o similares.

En el Capítulo III, se regulan los derechos y las obligaciones de los empleados, las empleadas y las personas trabajadoras, y se incluye la prohibición de discriminarlas por razones de raza, color, edad, religión, estado civil, opinión política, ascendencia nacional, filiación, situación económica. En cuanto a las prohibiciones a las personas trabajadoras, se les prohíbe la competencia o concurrencia con su empleador, dentro del mismo ramo de actividad, para fortalecer el principio de buena fe. En relación con las suspensiones a los contratos de trabajo, se precisan más los procedimientos para la tramitación y resolución cuyo pronunciamiento corresponda a las autoridades administrativas de trabajo. Con respecto a las suspensiones originadas en enfermedad, se eleva a seis meses el plazo de suspensión, por razones de humanidad, pues los redactores justifican que no es justo que únicamente se le retenga el empleo por tres meses a una persona con antigüedad labora.

En el Capítulo V, se introduce un tema de relevancia en cuanto al preaviso, ya que se dispone que, después de diez años de servicio, por cada decenio o fracción no menor de cinco años, se debe otorgar un mes adicional de servicio. La cesantía se eleva a doce meses de salario y se instituye un fondo de cesantía a cargo del patrono; pero que será propiedad de la persona trabajadora, en un 50% a la finalización de la relación laboral, por cualquier causa que esta se produzca, y el restante 50% se mantendrá en la cuenta individual de la persona interesada.

El Capítulo VI está dedicado al ius variandi y fija los lineamientos en que la parte empleadora o trabajadora debe someterse.

El título III regula las condiciones de trabajo. Está integrado por siete capítulos y cuatro secciones. Establece la obligatoriedad de la parte patronal de disponer un sistema de licencias, con goce de salario y sin él, para casos tales como el matrimonio, fallecimiento de parientes cercanos, estudios, desempeño de funciones sindicales, cooperativas y asociaciones solidaristas. Los descansos obligatorios son regulados en la Sección I, la variación más importante es la generalización del pago del descanso semanal, cuyo beneficio lo tienen en la actualidad solo las personas trabajadoras que laboran en establecimientos comerciales, o las que tienen fijado su sueldo en forma quincenal o mensual. En la Sección II, se fija un incremento de las vacaciones cada quinquenio.

En el Capítulo III, se regula el tema de los salarios, únicamente en materia de embargos, ha sido mejorada para evitar abusos para personas trabajadoras agropecuarias pues en ningún caso, podrá pagarse a la persona trabajadora una suma inferior al salario mínimo legalmente establecido. Con ello, a su vez, se buscaba evitar que, por la vía de algún suministro en especie, se le deduzca una suma sustancial del salario mínimo. En el Capítulo IV, se regulan los otros beneficios adicionales dentro del régimen de las condiciones de trabajo.

En la Sección I, se regula una innovación en torno al aguinaldo, ya que este será pagado en dos tractos: un 50% dentro de los primeros

10 días de diciembre y, el segundo, dentro de los primeros 10 días de febrero. La Sección II contiene una novedad en el tema de invenciones, para estimular la creación de las personas trabajadoras y la participación de esos beneficios para los empleadores, cuando proceda.

En el Capítulo V, se introducen las normas reglamentarias en el seno de la empresa. Dichos reglamentos deben existir en toda empresa que tenga diez o más personas trabajadoras. En el proyecto, se busca institucionalizar la participación del Comité Permanente de trabajadores o, en su caso, del sindicato titular de la convención colectiva para la aprobación de ese reglamento.

En el Capítulo VII, se regula el trabajo de los y las menores de edad. En este apartado, el proyecto consultó a asesores de la OIT para ajustarlo a las convenciones ratificadas por el país. Así se pretendía fijar la edad mínima de 15 años para poder laborar, aunque se propusieron excepciones para autorizar el trabajo a partir de los 13 años, exigiendo para esto una aptitud médica que le permitiera ejecutar la labor.

Los títulos 5, 6 y 7 regulan el derecho colectivo, la prescripción, las sanciones, las disposiciones transitorias. En el título 5° comprende los problemas colectivos de carácter económico social, ya que los conflictos jurídicos colectivos se rigen por las mismas reglas de los conflictos jurídicos individuales. El proyecto efectúa un reordenamiento general realizado, para que las normas se encuentren en un solo título y, dentro de un orden lógico, brinden la regulación necesaria para corregir esos problemas. Se suprimió el término "contrato colectivo de trabajo", pues contenía una contratación llamada "contrato de equipo".

En los Capítulos I y II, se establecen las disposiciones generales de los sujetos del derecho colectivo, se presentan los principios generales tendientes a desarrollar la formación de la voluntad colectiva, tales como el de mayoría absoluta, voto directo y secreto, un voto por persona, aparte de la intervención de la voluntad sindical cuando existe representatividad debidamente acreditada.

Se regula la parte de acuerdos colectivos, cuidando la posibilidad de conflictos entre sindicatos y patronos, en cuanto a superponer arreglos sobre convenciones colectivas o viceversa, lo que permitiría interferencias dentro de la mecánica de los instrumentos colectivos que solo podrían conducir a prácticas desleales que son prohibidas (Capítulo VI).

En materia de convenciones colectivas que contienen la titularidad de los sindicatos de personas trabajadoras o de patronos, se enmarca la actividad de las partes dentro del proceso de negociación (Capítulo V), regulando por aparte las negociaciones colectivas en el sector público y siguiendo las pautas establecidas en un Congreso Jurídico realizado en 1980 en el Colegio de Abogados y de Abogadas de Costa Rica.

En este proyecto, promovido por el Poder Ejecutivo, se acepta la hipótesis de que las convenciones colectivas en ese sector se derivan del artículo 62 de la Constitución Política. Se crean un órgano contralor de legalidad (Procuraduría General de la República) y un contralor económico-financiero (Contraloría General de la República), para evitar violaciones al principio de legalidad y las normas presupuestarias que constituyen el límite de los entes públicos en materia de administración de recursos (artículo 180 de la Constitución Política).

Para la negociación donde los sindicatos de personas trabajadoras intervengan, en cuanto a representante de ellas, se innova la creación de un "certificado de titularidad", aplicando esta figura del derecho comparado, para así evitar problemas intersindicales, y entre los sindicatos y las personas trabajadoras, se crean normas que asignan responsabilidad a los y las dirigentes sindicales durante el periodo de formación de la voluntad colectiva y la negociación de las

convenciones colectivas que encuentran su apoyo en el artículo 60 de la Constitución Política y supralegales. (Convenios 87, 98, y 135 OIT).

En el Capítulo VI, de las prácticas desleales, se norma la conducta de tales dirigentes de forma que limiten su acción a la legítima defensa, conforme a derecho, de los intereses de las personas trabajadoras representadas por ellos, sin abusos de poder o violación de normas jurídicas. También se promueve la creación de la Junta Nacional de Relaciones Laborales (Capítulo VII), a la cual se le traslada el conocimiento inicial de estos problemas a nivel administrativo.

Se justifica esto porque el Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social tiene las unidades administrativas para afrontar estos procedimientos, en forma más adecuada de lo que el Poder Judicial lo hace, pues los tribunales de conciliación o arbitraje no son órganos técnicos para el conocimiento de esas pretensiones. Se elimina la posibilidad de convenciones colectivas en otras ramas de la industria, pues según las personas redactoras no ha tenido vigencia, Se mantiene el recurso de apelaciones ante el Tribunal Superior de Trabajo, de resoluciones interlocutorias y de fondo, para el control de legalidad de aspectos de fondo, por tener jurisdicción sobre conflictos colectivos económico-sociales.

Con respecto al derecho de huelga, se mantiene en el proyecto su prohibición en los servicios públicos; pero se incorporan normas que permiten que el movimiento sea pacífico, que tenga por objeto solamente la defensa de intereses económicos y sociales de las personas trabajadoras, desechando los medios de fuerza o arbitrarios e introduciendo disposiciones que garanticen debidamente el ejercicio de ese derecho.

Se promulga todo un régimen de sanciones para las personas trabajadoras, las organizaciones y empleadores que violenten las disposiciones, no solo con un régimen de multas, sino también con condenas de daños y perjuicios que causen sus actividades ilícitas.

En el arbitraje, Capítulo IX, se reserva a la Junta Nacional de Relaciones Laborales, el conocimiento de esta temática, cuando sea económica o social, estableciendo la obligatoriedad del arbitraje cuando la huelga no sea permitida y aun después de declarada una huelga legal, vencido el plazo de 30 días de duración máxima de esta medida de presión. Para así garantizar una solución legal a esta medida de presión.

En relación con las organizaciones sindicales (Capítulo XIII), se tutela la libre sindicalización como un derecho derivado de la Constitución Política, regulando relaciones intersindicales o con organizaciones de otros grados (federaciones, confederaciones) o con personas trabajadoras afiliadas. En el título VI, se regula el tema de la prescripción, las sanciones y responsabilidades. En el tema de la prescripción, se propugna aumentar los plazos correspondientes.

1.2. PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO DE TRABAJO, NÚMERO 11500, DE LOS AÑOS NOVENTA

Dicho proyecto de ley pretendía una reforma integral de la normativa laboral, tanto en lo sustantivo como en lo procesal, a través de cuatro libros: el primero referente al derecho individual del trabajo; el segundo, referido a la protección de las personas trabajadoras en el ejercicio del trabajo; el tercero, al derecho colectivo y, el cuarto, al derecho procesal laboral.

En el Capítulo 1° del título 1°, se hace una referencia expresa a las normas constitucionales, los llamados principios cristianos de justicia social como fuente inmediata del derecho laboral, en función de que, según las personas precursoras de la reforma, los principios de justicia social de la Iglesia son constantemente actualizados y, es por esto, que la reforma tendría principios de indiscutible valor moral y de carácter transcendente.

En el Capítulo II, se proponen modificaciones a la jerarquía de las fuentes en derecho laboral, en busca de que los créditos laborales mantengan un privilegio en los procesos de naturaleza universal (sucesorios y materia concursal) y, a su vez, que no se aplique ningún impuesto o tasa a los derechos laborales. El título segundo del libro primero regula lo referente a los contratos o relaciones individuales de trabajo. Su capítulo I regula lo relativo a los principios generales que rigen esta materia.

El Capítulo II se ocupa del tema de las distintas modalidades de contrato de trabajo (a tiempo indefinido, a plazo fijo, para obra determinada o a precio alzado), otorgándoles a los "a plazo" y "para obra determinada" una condición de "excepcionales". Se regulan de manera especial los contratos de trabajo doméstico, a domicilio, de campo, del mar (y vías navegables) servicios de confianza, deporte profesional y agentes de comercio y similares.

En cuanto al servicio doméstico (Sección II), se eliminan todas aquellas normas que obligan a la persona trabajadora al ejercicio de un trabajo en jornadas no mayores a ocho horas diarias; se refiere al pago de las horas extras, se garantizan el descanso semanal y, en especial, el disfrute de los domingos como descanso semanal por mes. En cuanto al trabajo en domicilio (Sección II) y al de las personas trabajadoras del campo (Sección III) se cambian algunos conceptos.

En el "trabajo en el mar y vías navegables" (Sección IV), se establecen normas que garantizan la repatriación de la persona trabajadora. En cuanto a la persona trabajadora de confianza (Sección V), es el único contrato en el que la pérdida de confianza derivada de falta grave demostrada es causal de despido, y solamente podrán tener esa condición aquellas personas que laboren como representantes patronales o manejen valores con posibilidad de disposición, o manejen aspectos confidenciales de la empresa. Expresamente se excluye de esa condición a los guardas y choferes y se limita su jornada a una no mayor de ocho horas.

El contrato deportivo (Sección VI) es una innovación al regular la "venta" o "traspaso" de fichas. La misma situación se da para los agentes de comercio. En el Capítulo III se regulan los derechos y las obligaciones de las personas trabajadoras y empleadoras, y se le otorga al Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social un papel trascendental en el cumplimiento de esos derechos y obligaciones. En este capítulo, se introduce el concepto de invenciones de las personas trabajadoras.

En el Capítulo V, relativo a la terminación de los contratos o relaciones individuales de trabajo, se pretenden introducir novedades, tales como la eliminación de la libertad de despido y se le exige a la parte empleadora que demuestre la existencia de la causal de despido, se amplía la cesantía a la cantidad de años laborados para hacer el cálculo de las indemnizaciones respectivas, con base en el mejor salario de los últimos tres años de servicio. Desde ese proyecto, se establece la cesantía como un derecho real, mediante su pago mensual, pero depositada a un fondo que tendrá un fin social en favor de las personas trabajadoras. Se eliminan las causales que permiten despedir injustificadamente y se pretende introducir una regulación al ius variandi.

En el Capítulo II, se pretenden regular los derechos obligatorios remunerados, lo más importante es que el derecho a vacaciones se aumentaba cada cinco años en un mínimo de dos días hábiles. En el Capítulo III se regulan el salario y las medidas que lo protegen y se establece una sanción al empleador que no paga en el tiempo y lugar establecidos, y se dispone la imprescriptibilidad de los salarios.

En el Capítulo IV, se establecen los otros beneficios, tal como el aguinaldo que se exonera del impuesto de la renta (Sección I). La Sección

II regula las invenciones de las personas trabajadoras, los derechos que les corresponden y su explotación.

En el capítulo V, se regulan los reglamentos internos de trabajo, introduciendo una modificación total en cuanto a su emisión y, a su vez, fijando la obligación de la parte patronal de negociar una convención colectiva con el sindicato, además del procedimiento a utilizar para el conocimiento y aprobación del reglamento, y se realizará mediante un trámite conflictual ante los tribunales (y no ante el Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social), el cual es el procedimiento que debe llevarse para modificarlo.

En el Capítulo VI, se regula el trabajo de las mujeres, establecido un descanso por maternidad de 18 semanas que deberá disfrutar después del parto, como mínimo. Se sanciona la violación al no reinstalar a la trabajadora embarazada.

En el Libro II, se regula la protección de las personas trabajadoras durante la relación laboral, únicamente se introducen ciertas modificaciones al concepto de riesgos de trabajo, la labor de prevención de las entidades encargadas y la clase de documentos que el ente asegurador debe entregar a la persona trabajadora que le ocurre un riesgo. La Junta Médica Calificadora se transforma en un paso optativo para la persona trabajadora, pero adquiere el carácter de asesora de las demás entidades de salud y laborales.

En el Libro III, se efectúan modificaciones al derecho colectivo. Este libro es el más innovador, no solo por la gran cantidad de cambios, sino pretende provocar en el futuro las bases que logren una reactivación del proceso de cambio, no solo de la economía, sino que sirva de promotor del derecho laboral del país.

Se eliminan los conceptos de legalidad e ilegalidad de la huelga, y son substituidos por los de ilicitud y huelga justa. Se inhibe el derecho de huelga en los sectores que brindan seguridad ciudadana, pero se amplía su campo de acción a toda la actividad laboral del país, el paro se presenta como un arma de balance en manos del patrono.

La negociación colectiva se hace descansar en los sindicatos de personas trabajadoras y los patronos, considerados individualmente. A los sindicatos de personas trabajadoras y patronos se les da su papel real en el derecho laboral, rescatándolos del sueño en el que se les ha sumido; pretende servirse de ellos para crear condiciones económicas adecuadas, no solo para la persona trabajadora sino también para la economía. Por ello son conceptualizados en los procesos de negociación como los únicos protagonistas. A la vez, los conflictos colectivos no se limitan a los económico-sociales, sino a los colectivos de cualquier clase, sean estos económico-sociales, como económicos, sociales, jurídicos, e incluso, se ofrece el fuero de acción del conflicto colectivo como una oportunidad para las discusiones y definiciones de la titularidad de la negociación colectiva. Las coaliciones de personas trabajadoras y comités permanentes ceden su lugar en favor del sindicato y pasan a ser antecedentes de este o sus apéndices; pero no podrán subsistir ni permanecer indefinidamente, si no se conforman en sindicatos. Estas normas son de estudio obligado y de amplia necesidad.

Por último, se establece el fuero sindical. En el apartado de las sanciones y las prescripciones, se hacen cambios trascendentes. Las prescripciones operarán no como en la actualidad, sino a partir del momento en que la relación laboral se termine, y las sanciones se incrementan en monto, y se considera para su estimación la cantidad de personas trabajadoras afectadas.

En el Libro IV, se postula la modificación de la administración procesal de la justicia laboral. Se pretendía la creación de un órgano administrativo, la JUNTA NACIONAL DE RELACIONES LABORALES que tuviera facultades para aplicar y solicitarse aplicar, para todos los campos de índole laboral, y que van desde la simple violación

al derecho individual hasta intervenir como árbitros en procesos conflictuales colectivos. El proceso, en todo caso, sería oral, con todas las implicaciones, tales como gratuidad, celeridad, etcétera. Esta norma sería aplicable a los procesos judiciales, dependiendo de las particularidades de cada necesidad procesal. El arbitraje podría ser administrativo, pero también judicial, y se introduce la posibilidad, para algunos casos, del arbitraje particular. A la vez, en los procesos de huelga, el arbitraje y la conciliación no son requeridos y no juegan el papel de previos a una huelga.

2. PRINCIPALES REFORMAS A LOS PROCEDIMIENTOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS COMO PRODUCTO DE LA REFORMA PROCESAL (LEY NÚMERO 9343)

2.1 ANTECEDENTES EN TORNO A LA REFORMA LABORAL

La reforma laboral, que entró a regir el 25 de julio de 2017, introduce una jurisdicción especial de trabajo y junto con esta, principios procesales y variaciones en la carga de la prueba, lo cual implicará un nuevo reto para las personas juristas.

Debido a que se trata de una normativa que abarca muchos aspectos vinculados con el derecho laboral (derecho colectivo, infracciones a las leyes de trabajo y de seguridad social, tutela de fueros especiales y de debido proceso, un régimen especial para los procesos de menor cuantía, un procedimiento no contencioso que puede transformarse en contencioso en la distribución de prestaciones de trabajadoras fallecidas, un procedimiento especial para la reinstalación de personas que sufran un riesgo de trabajo y por otras circunstancias, etcétera), debemos aclarar que, en este informe, no es posible analizar detalladamente cada uno de estos procesos; no obstante, desarrollaremos los puntos más relevantes de estos.

Una vez aclarado lo anterior, indicamos algunas reformas introducidas a la llamada "jurisdicción especial de trabajo". (Título X).

Primeramente, debemos resaltar que Costa Rica se enfrenta a una nueva génesis en esa jurisdicción, debido al cambio de la noción tradicional de un proceso escrito (supletoriamente tomado del derecho procesal civil) a uno oral potencializado por un sistema de audiencias, lo que a su vez genera una mutación de las infraestructuras de los despachos judiciales en el campo laboral.

Ahora bien, no debemos dejar de lado que el Poder Judicial se encuentra ante una situación coyuntural nunca antes vista, en la que se implementó una reforma laboral en el 2017 y, a su vez, el próximo año se debe enfrentar a un cambio procesal también en la materia civil y a una muy cerca en materia de derecho de familia y de derecho agrario.

El surgimiento y entrada en vigencia de esas reformas van a generar necesidades de más espacios físicos para el desarrollo de las audiencias y para las oficinas de los distintos despachos, a los cuales también hay que valorar de acuerdo con la situación socioeconómica que el país enfrenta.

2.2 PRINCIPIOS PROCESALES DE LA REFORMA

Dentro de la gama de novedades que la nueva normativa ofrece, es necesario hablar de una disposición (artículo 421), la cual establece una serie de "principios generales" propios de todo proceso. Dentro de estos, tenemos la exclusividad y obligatoriedad de una función jurisdiccional que constituyen derivaciones del numeral 41 de la Constitución Política costarricense. Este obliga constitucionalmente a la creación de una jurisdicción especializada que se encargue de resolver los conflictos derivados de esta rama del derecho, con eficacia de cosa juzgada.

Al respecto, el numeral 420 de la reforma laboral dispone que esa jurisdicción, establecida

en el artículo 70 de la Constitución Política, debe solucionar esos conflictos cuando se requiera la aplicación de normas de derecho del trabajo y de la seguridad social, de los principios que la informan, así como de los asuntos conexos a las relaciones sustanciales de ese derecho.

Un comentario importante amerita la posibilidad de que esta jurisdicción pueda conocer las pretensiones derivadas de las relaciones de empleo público (párrafo 2° del numeral 420 ibidem), porque este tema siempre ha sido objeto de criterios distintos entre la jurisdicción contencioso administrativa y la laboral, sobre todo a raíz de la interpretación que los magistrados y las magistradas han hecho del voto n.º 9928 del 2010 de la Sala Constitucional.

La nueva normativa pretende zanjar los conflictos de competencia entre estos órganos jurisdiccionales al indicar que, dentro del ámbito laboral, se incluye la discusión de las prestaciones derivadas de las relaciones de empleo público, para el cobro o cumplimiento de los extremos laborales, así como las impugnaciones o nulidades de actos (administrativos, interpreto yo) o las omisiones de todas las instituciones u órganos de derecho público, relativas a dicho empleo, cuando por su contenido material o sustancial y el régimen jurídico aplicable, deba ser ventilada en la jurisdicción laboral.

Evidentemente, a pesar de la voluntad de las personas redactoras de la norma, los conflictos competenciales entre ambas jurisdicciones no se agotarán cuando entre en vigencia la normativa, porque los puntos de vista en torno a lo que es competencia de una jurisdicción o de la otra tienen argumentos de peso en uno u otro sentido, tal y como se demostró en un reciente encuentro jurídico entre personas funcionarias de la Procuraduría General de la República y de las Salas de Casación en materia contencioso administrativa y laboral.

Otro principio general, que el artículo 421 establece es el de independencia de los órganos jurisdiccionales. Este principio es un elemento esencial para la ejecución eficaz de la función jurisdiccional.

El Código Modelo Iberoamericano de ética judicial también hace una referencia a ese principio. El artículo 1 establece: "Las instituciones que, en el marco del Estado constitucional, garantizan la independencia judicial no están dirigidas a situar al juez en una posición de privilegio. También el artículo 3 de ese código indica: "El juez, con sus actitudes y comportamientos, debe poner de manifiesto que no recibe influencias -directas o indirectas- de ningún otro poder público o privado, bien sea externo o interno al orden judicial".

El numeral 421 de la reforma laboral además señala que existen "principios procesales básicos", dentro de los que se indican la conciliación, las actuaciones prioritariamente orales, la sencillez, el informalismo, la oficiosidad relativa, la celeridad, la concentración, la inmediación, la búsqueda de la verdad real, la libertad probatoria, la lealtad procesal y la gratuidad o costo mínimo.

El principio de oficiosidad relativa se desarrolla en el numeral 424, al indicar que el proceso es de iniciativa de parte; pero una vez promovido, los órganos jurisdiccionales deberán dictar, oficiosamente, con amplias potestades, todas las medidas dirigidas a su avance y finalización, sin gestión de parte. Con respecto a los principios de celeridad y concentración, el mismo 424 dispone que, en la tramitación de los procesos, los tribunales deben actuar en forma rápida, acelerando en lo posible el curso del expediente.

Una importante mención, por la serie de críticas que ha generado de parte de las personas juzgadoras, es el hecho de que el incumplimiento de los plazos establecidos para el dictado de las resoluciones, así como cualquier conducta injustificada que menoscabe ese principio constituyen una falta grave que puede ser sancionada, y la persona funcionaria podrá ser condenada al pago de los daños y perjuicios causados.

La principal preocupación se da en cuanto al término fijado por la reforma para dictar las sentencias, específicamente el numeral 518, inciso 4°, dispone que, luego de las conclusiones de las partes en la fase complementaria, se deliberará y se dictará la parte dispositiva de la sentencia de forma inmediata "en forma oral", y dentro de los cinco días siguientes, se deberá dictar el texto integral del fallo. Esto implicaría que, si el fallo no se dicta en ese término, la persona juzgadora podrá ser sancionada por falta grave por esa circunstancia.

A los pocos meses de entrada en vigencia de la norma, se han dado interpretaciones del numeral 518, las cuales establecen que, en supuestos de procesos complejos o con abundante prueba, es posible prorrogar por ese mismo lapso el dictado de la sentencia, incluida la parte dispositiva, lo que para algunos o algunas implica un plazo total de 10 días para el dictado de la sentencia, incluido el por tanto.

A pesar de esa lectura, que sería la más beneficiosa para ampliar un plazo que podría generar un mayor tiempo para el dictado de las sentencias, creemos que la norma podría interpretarse de una forma distinta. Interpretando que el fallo es una decisión integral (por tanto y considerandos), podría pensarse que, en procesos complejos o con abundante prueba, lo que es permitido es diferir el dictado del por tanto y de los considerandos por un plazo máximo de cinco días, ya que esto se inferiría de la frase "[…] ***podrá postergarse por ese mismo lapso, improrrogablemente, el dictado completo de la sentencia, incluida su parte dispositiva[…]"***,para no tener que dictar la parte dispositiva al final de la audiencia.

Como vemos no existe una posición definida al respecto, y no la tendremos hasta que el Código se implemente formalmente y tengamos pronunciamientos jurisdiccionales que aclaren este punto. Reitero que una posición es la de que, en aras de ampliar un plazo que me parece demasiado corto para el dictado de un fallo, se podría pensar en un término de diez días para esto, siempre y cuando se justifique que el proceso es complejo o con abundante prueba, ya que, de lo contrario, lo que pasaría es que se podrían utilizar estos conceptos jurídicos indeterminados para casi siempre tener un plazo de diez días para el dictado del fallo. Lo importante es definir en forma concreta qué término se va a aplicar, pues incumplir una u otra interpretación podría dar fundamento a aplicar sanciones disciplinarias por faltas graves a las personas juzgadoras.

Resulta preocupante por qué la conducta que genera una sanción de esa naturaleza debe estar precisamente definida, en aras de la aplicación de los principios de tipicidad disciplinaria, debido proceso y de legalidad.

En relación siempre con esta materia, se debe analizar el tema de la nulidad del fallo cuando se dicte fuera de este plazo. El numeral 111, inciso 2° del Código Procesal Contencioso-Administrativo, regula en forma precisa este tema, pues establece que, cuando la persona juzgadora incumple con el dictado de la sentencia fuera del plazo, lo actuado y resuelto serán nulos, por lo que deberá repetirse el juicio oral y público ante otro tribunal, sin perjuicio de las responsabilidades correspondientes.

De igual forma, el artículo 537 de la reforma laboral indica que, expirados los plazos para dictar el fallo, la documentación y la notificación de las partes de la sentencia, con incumplimiento del órgano, lo actuado y lo resuelto serán nulos, y el juicio deberá repetirse ante otro juez o jueza, sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias y civiles correspondientes.

A diferencia del numeral 11, el artículo 537 genera un poco de confusión, porque no solo se refiere al dictar la sentencia fuera del término, sino también a su notificación a las partes fuera del plazo, cuando en realidad, el acto del dictado del fallo y de la notificación pueden ser otros.

Expliquemos esto, el numeral 517, inciso 4°, dispone que, dentro del término de cinco días después de

la parte dispositiva, debe entregarse a las partes el texto integral del fallo, el cual será escrito.

Ahora bien, esto implica que ese texto debe estar elaborado dentro de ese término, pero no necesariamente debe notificarse en ese plazo, ya que muchas veces, la persona juzgadora dictará su fallo el último día de ese plazo, y no necesariamente el fallo será entregado a las partes.

Pensemos en que la persona juzgadora terminó de dictar la parte considerativa de su fallo a las diez de la noche del último día del término, por lo que no tiene posibilidad de notificar ese fallo en los medios autorizados al efecto (fax o correo electrónico). Esto equivaldría a pensar que el personal técnico del despacho debería estar con él o ella en ese momento para iniciar la transmisión de la notificación, por lo que obviamente se haría el día siguiente la transmisión del fallo DICTADO dentro del plazo, y no por ello, podríamos plantearnos un supuesto de nulidad de la sentencia.

Sin embargo, esta hipótesis sí podría plantearse si se lee el numeral 537 con respecto a la notificación del fallo y su consecuente nulidad. No podría interpretarse la norma de esa forma , sino lo que ordena y sanciona es que se dicte la sentencia dentro de los plazos del numeral 514, independientemente de su notificación.

Otro principio que merece un comentario es el de gratuidad o de costo mínimo. El numeral 425 de la reforma laboral dispone que deben existir exenciones mínimas derivadas del artículo 10[1]. Aunadas a ellas no se exigirán depósitos de dinero ni cauciones de ninguna clase con las excepciones previstas expresamente en la ley. Las publicaciones que deben hacerse en el periódico oficial serán gratuitas.

Otra manifestación de ese principio es el beneficio de justicia gratuita previsto en los numerales 453 a 455. Tal beneficio tiene distintas variables. En primer término, al Patronato Nacional de la Infancia le corresponde suministrar asistencia legal gratuita a las personas trabajadoras menores de edad que asistan a los tribunales de trabajo. La novedad es que esa entidad debe brindar ese tipo de asistencia también a las madres; pero únicamente cuando su pretensión verse sobre reclamos vinculados con la maternidad (artículos 94, 94 bis y 95 del Código de Trabajo).

La segunda manifestación más general de este principio surge del artículo 454. Dispone que las personas trabajadoras, cuyo ingreso mensual último o actual no supere dos salarios base del cargo de auxiliar administrativo, tendrán derecho a asistencia gratuita, costeada por el Estado para la tutela de derechos en conflictos jurídicos individuales. Dicha limitación no aplica para las personas menores de edad ni para las madres ni en casos de discriminación. (Título octavo).

Esa asistencia será brindada por el Departamento de Defensores Públicos y Defensoras Públicas del Poder Judicial, a través de una sección especializada independiente de otras áreas jurídicas. A la Corte Suprema de Justicia le corresponde la organización y el funcionamiento de dicha sección, a través del reglamento interno de servicio.

El numeral 455 del Código de Trabajo fija la tercera posibilidad de asistencia social, ya que indica que el Colegio de Abogados y de Abogadas y cualquier otra organización gremial "independientemente del ingreso mensual o actual de la persona usuaria", pueden constituir centros o redes de asistencia legal gratuita con fines de servicio social.

En estos supuestos, la persona designada para atender el asunto asumirá el papel de directora profesional, con las responsabilidades que ello implica y, en ningún caso, sus honorarios correrán a cargo del Poder Judicial.

Es interesante que se permite a esas organizaciones definir en lo interno la forma de prestación del servicio, lo que faculta a establecer emolumentos

en montos menores a los del arancel de honorarios de abogados y de abogadas e, incluso, pactar un salario para esos efectos.

Del contexto del numeral 454, se denota que esa norma pretende garantizar el derecho a una asistencia social gratuita, sujeto a parámetros objetivos, tales como lo ingresos mensuales de la persona usuaria, lo cual, en mi criterio, provocaría una infracción grave al derecho fundamental de tutela judicial efectiva. No es posible que, en una norma de orden público y social, se limite el acceso de la parte trabajadora a los derechos de una asistencia legal a aspectos económicos y de ingreso salarial.

Esa posición no es nueva y ha sido desarrollada por la Sala Constitucional y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En su voto número 1148-90, de las diecisiete horas del veintiuno de septiembre de mil novecientos noventa, esa Sala estableció que existen distintas competencias de los órganos jurisdiccionales, las cuales fueron desarrolladas con la función específica de solucionar los conflictos de las partes a través del proceso, lo que a su vez implica garantizar la posibilidad de acceder al proceso como mecanismo para esa solución.

Los aspectos esenciales de cómo las condiciones económicas de las personas intervinientes de un proceso pueden infringir el principio de tutela judicial efectiva fueron analizados en forma brillante por el juez Héctor Amoretti Orozco (q.D.g.), integrante del Tribunal de Familia, en el voto número 132, de las ocho horas cuarenta minutos del veintiséis de enero de dos mil diez.

En síntesis, dicho redactor analizó lo establecido por los numerales 41 de la Constitución Política, 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 14, inciso 1°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8, inciso 1°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), junto con lo establecido en la opinión consultiva número 11/90 del 10 de agosto de 1990, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es importante destacar que, de acuerdo con esa normativa, cuando estima preciso asegurar de forma inmediata los derechos de defensa y representación de las partes o cuando alguna de ellas manifiesta que carece de recursos económicos, de oficio, la autoridad jurisdiccional que está conociendo un proceso puede formular directamente la solicitud de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita. No es necesaria, entonces, la instancia de parte. Y aun cuando, en principio, para su procedencia, se exige acreditar la insuficiencia de recursos o medios económicos para litigar, se establecen varios supuestos en los cuales no se requiere esa demostración previa, todo sin perjuicio de que si, con posterioridad, se determina que la parte no reúne esa condición, debe abonar los honorarios devengados al o a la profesional que intervino en su defensa.

Nuestra Reforma Procesal Laboral sí prevé en cierta forma tal hipótesis en los procedimientos de infracciones a las leyes de trabajo y de seguridad social, pues, en su último párrafo, el numeral 672 dispone que, aunque la persona acusada no provea su defensa, esta le será suministrada por medio de la asistencia social, pero deberá cubrir el costo, si no reúne los requisitos para recibir esa asistencia de forma gratuita.

Otros principios que merecen desarrollo son los de inmediación y de oralidad, en aras del nuevo sistema de audiencias previstos en la normativa procesal prevista en la reforma. Sin dejar de lado la fase escrita del proceso, ya que el numeral 462 así lo establece. Se inicia la demanda de los procesos ordinarios con una gestión escrita, de acuerdo con el numeral 495 que, a su vez, debe ser contestada de la misma forma (artículo 497 ibidem), lo cual incluye la reconvención y la réplica (artículo 498).

Luego de esto se pasa a un sistema de audiencias, dividida en dos fases, la preliminar y la complementaria o de juicio (artículo 512). En nuestro criterio, esta fase de cambio escrito a oral es realizada de una forma "abrupta", dado que

a partir del numeral 513, se infiere que, una vez contestada la demanda o la contrademanda, se pondrán esas contestaciones a conocimiento de la parte contraria y, en una misma resolución, se señalarán hora y fecha para la celebración de la audiencia, la cual puede ser solo una o dos como veremos, a más tardar dentro del mes siguiente después de la contestación de la demanda o de la reconvención.

En otras palabras, en su afán de pasar de un sistema escrito a uno oral y así implementar una celeridad procesal, se omite la posibilidad de ofrecer contraprueba por escrito a la parte actora o a la reconventora, eventualmente, de los argumentos o de la prueba expuestos por la demandada o la contrademandada al contestar la demanda o la contrademanda.

Se debe llegar a esta conclusión, ya que la norma establece que, en una misma resolución, se pondrán en conocimiento los argumentos de la contestación y ahí mismo se señalará para la audiencia preliminar (si el proceso es de mayor cuantía o complejo, artículo 519), pero si es de menor cuantía o una pretensión sobre seguridad social, se ordena realizar una única audiencia (inciso 1° del numeral 539).

Esta diferencia en la naturaleza del proceso y la existencia de una o más audiencias conllevaría un trámite distinto en el marco de ofrecimiento de prueba. Se explicará este punto a continuación.

2.3 LA CUANTÍA DEL PROCESO Y LOS PROCESOS DE NATURALEZA "COMPLEJA"

Si el proceso es de mayor cuantía o complejo, en la audiencia preliminar se deberán realizar únicamente las actuaciones previstas por el numeral 517 de la reforma laboral, es decir: 1) posibilidad de ajuste y subsanación de las proposiciones de las partes, cuando a criterio del órgano jurisdiccional sean oscuras, imprecisas u omisas respecto a derechos irrenunciables; 2) intento de conciliación; 3) recepción de prueba sobre nulidades no resueltas anteriormente y vicios de procedimiento, invocados en la audiencia, así como de excepciones previas o cuestiones de improponibilidad de demanda reservadas para esa audiencia; y 4) un traslado sumarísimo de las pruebas allegadas al expediente y que se hayan dispuesto al cursarse la demanda o la reconvención, brindando la posibilidad de que, en esa audiencia, el juez o la jueza pueda solicitar prueba complementaria o para mejor proveer.

De lo expuesto, se infiere que, en esa audiencia preliminar, la parte accionante o reconventora tendría que ofrecer en forma verbal las pruebas para oponerse a la contraprueba que la parte demandada o la reconvenida haya indicado, ya que no hay otro estadio procesal para ello, puesto que el artículo 522 dispone que, al finalizar la audiencia preliminar, es cuando se emite el pronunciamiento sobre las pruebas ofrecidas por las partes, respecto a las cuestiones de fondo debatidas.

2.3.1 PROCESOS DE MENOR CUANTÍA Y DE SEGURIDAD SOCIAL

En estos supuestos, los numerales 538, inciso 4°, y 539, inciso 1°, de la Reforma Laboral prevén que se realizará en una audiencia única, en el que se practicarán las actuaciones descritas propias de la preliminar y también las de la complementaria. En este entendido, se notificará a las partes el señalamiento para esa audiencia única y al contrario de lo anteriormente expuesto, deberá llegar al proceso toda la prueba ofrecida.

Se extrae esta conclusión del hecho de que, al ser una audiencia única, la parte accionante debe comparecer en ella junto con las pruebas de cargo y de descargo, a fin de que la persona juzgadora pueda pronunciarse en torno al tema de su admisibilidad o rechazo de ellas y así proceder a su práctica.

2.4 LAS MODIFICACIONES AL RÉGIMEN PROBATORIO EN LA REFORMA

Refiriéndose al tema estrictamente probatorio, el numeral 476 de la reforma nos lleva al tema tantas veces discutido por la doctrina en torno a la actividad probatoria y su función, dado que recalca que su objetivo fundamental debe ser la "búsqueda de la verdad material".

Para lograr este objetivo, se establece que tanto las partes como los tribunales deben cooperar en el acopio de elementos probatorios que sean necesarios para resolver los conflictos sometidos a su conocimiento. Sin embargo, este deber de cooperación de parte de las personas juzgadoras les exige una mayor actividad para lograr esa búsqueda, ya que se afirma que podrán todo su empeño y diligencia para la consecución de ese objetivo.

Es por esto que la reforma propone una actuación derivada de la buena fe procesal, en la cual obliga a las partes a un cierto comportamiento tendiente a "acopiar" los elementos probatorios necesarios para resolver con justicia los conflictos sometidos a su conocimiento. Como complemento al numeral 476 de la reforma, el numeral 477, párrafo segundo, define el concepto de carga de la prueba, al indicar que consiste en la obligación de la parte de ofrecer, allegar o presentar prueba en el momento procesal oportuno.

Es difícil pensar que, en la naturaleza adversarial, propia del proceso, las partes sientan el deber de llevar prueba que pueda favorecer las pretensiones de la contraria (artículo 476). Piénsese en la parte empleadora que cuenta con prueba que demostrará que no pagó adecuadamente el salario a la persona trabajadora. Es evidentemente que esa parte no ofrecerá los documentos que demuestren ese pago incorrecto.

Ante esta disyuntiva, el numeral 478 fija una carga de la prueba genérica. Pero el mismo artículo fija una excepción, en los conflictos derivados de los contratos de trabajo, en que la carga le corresponde a la parte trabajadora, la prueba de la prestación personal de servicios, como una derivación de la presunción legal establecida en el artículo 18 del Código de Trabajo. Fuera de esa hipótesis, el mismo 478 establece como regla, en este tipo de conflictos, que la persona empleadora debe acreditar los hechos impeditivos que se invoquen.

El gran avance de la reforma es que también somete la obligación del empleador de probar, cuando los hechos que se deben acreditar derivan a su vez de la obligación de mantener la documentación debidamente registrada. Bajo esta perspectiva, prácticamente todos los aspectos derivados de la ejecución del convenio laboral deben ser demostrados por la parte empleadora, debido a que, ya sea por aspectos de control tributario, contable o de seguridad social, del giro propio de la actividad mercantil (artículo 413 del Código de Comercio), es necesario mantener esa documentación. Así, por ejemplo, el pago de las comisiones y de cualquiera retribución de contenido salarial deberá ser demostrado por la parte patronal.

Por si esa condición genérica de la prueba no fuera suficiente, el mismo artículo 478 de la reforma establece una serie de supuestos concretos en los cuales la carga de prueba, necesariamente debe probar su dicho. Dichos supuestos derivan de la interpretación jurisprudencial que, a lo largo de los años, la Sala Segunda laboral de la Corte Suprema de Justicia ha hecho de la figura dogmática de la redistribución de la carga probatoria. Dentro de esas premisas tenemos las siguientes:

a) La fecha de ingreso del trabajador o de la trabajadora

Esta circunstancia implica que, si por un lado la parte trabajadora afirma que su fecha de ingreso es una, y la patronal difiere de ese hecho, entonces el empleador deberá ofrecer las pruebas

que demuestren que esa data es distinta de la que el trabajador o la trabajadora establece en su demanda y, si no lo hace, se tendrá por demostrada la fecha que se indique en la demanda, debido a una derivación del principio de carga de prueba como regla de juicio.

b) La antigüedad

Este aspecto parece, en principio, redundante si se analiza con el anterior supuesto. Sin embargo, no lo es, si se interpreta que esa antigüedad puede versar en situaciones tan variables como la fecha de finalización del vínculo o la continuidad de este o no, cuando se alega que la contratación fue a tiempo fijo o por obra determinada, y la parte trabajadora aduce que hubo continuidad para efectos de antigüedad, también cuando se debate el periodo del tiempo efectivo del trabajo para efectos de los derechos laborales y de seguridad social (anualidades, tiempo laborado para la jubilación, etcétera).

c) El puesto o cargo desempeñado y la naturaleza o características de las labores ejecutadas

La hipótesis prevista por esta situación sería aquella en la que el trabajador o la trabajadora afirmó que cumplió las prestaciones de un determinado puesto, en tanto que la empleadora asevera que el cargo desplegado lo fue en otra condición. Podríamos imaginar el supuesto en que la persona trabajadora indica que laboró como jefe o jefa de cocina, y el accionado indica que lo hizo como cocinero.

La parte patronal sería la llamada a demostrar el hecho que contradice la aseveración del actor y, si no lo hace, se tendrían por probada en el fallo las afirmaciones del accionante. Este ejemplo también se aplicaría en los casos de relación de empleo público donde la persona funcionaria afirma que ejecutó prestaciones propias de un cargo distinto al cual fue nombrada.

d) Las causas de extinción de la relación laboral

Por el análisis que haremos del inciso siguiente, vemos que este supuesto ocurre en los casos muy comunes en los que la persona trabajadora indica que ha sido despedida por el empleador, en tanto que este al contestar aduce que fue la parte trabajadora quien renunció o dio por terminada la relación al no presentarse a laborar. Si la discusión se centra en esto, entonces la parte empleadora deberá demostrar esa renuncia, expresa o tácita, de la persona trabajadora o su falta a trabajar.

e) La entrega a la persona trabajadora de la carta de despido, con indicación de las razones que motivaron la extinción de la relación laboral

Esta norma nos coloca en una disyuntiva distinta, dado que, en mi criterio, contrario a lo que sucedía en la normativa anterior, la participación de la parte empleadora no está dirigida a desvirtuar las hipótesis del actor o de la actora formuladas en la demanda, sino que coloca a la parte empleadora en un estadio previo a la "judicialización" de la historia. La redacción de la carta de despido constituye este momento anterior al proceso, ya que es ahí donde, en materia de despido, la parte patronal está obligada a construir su "verdad" histórica o su "teoría del caso", ante la eventual demanda dirigida en su contra, porque el artículo 35 del Código de Trabajo señala lo siguiente:

> *A la expiración de todo contrato de trabajo, la parte empleadora, a solicitud del trabajador o trabajadora, deberá darle un certificado que exprese: [...]d) Las causas del retiro o de la cesación del contrato. Si la expiración del contrato obedece a destitución por falta atribuida a la persona trabajadora, la entrega de la carta de despido será obligatoria; <u>en ella se deben describir, de forma puntual, detallada y clara, el hecho o los hechos en que se funda el</u>*

> *despido. La entrega se hará personalmente, en el acto de despido y deberá documentarse el recibido. Si el trabajador o la trabajadora se negara a recibirla, la entrega deberá hacerla la parte empleadora a la oficina del Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social de la localidad y si esta no existe se entregará o enviará a la oficina más cercana de ese Ministerio por correo certificado, lo cual deberá hacerse a más tardar dentro de los diez días naturales siguientes al despido. Los hechos causales señalados en la carta de despido serán los únicos que se puedan alegar judicialmente, si se presentara contención. (Lo subrayado y lo destacado son nuestros).*

Este texto de la norma resulta consistente con el artículo 478, inciso 5 de la Reforma Procesal Laboral, el cual establece que le corresponde a la parte patronal, la carga de la prueba de la ENTREGA A LA PERSONA TRABAJADORA DE LA CARTA DE DESPIDO, con indicación de las razones que motivaron la extinción de la relación laboral.

A su vez, esto guarda relación con el numeral 500, párrafo 2, el cual dispone que, en caso de despido, la parte empleadora SOLO podrá alegar como hechos justificantes de la destitución los indicados en la carta de despido entregada a la persona trabajadora, de la forma prevista en el artículo 35 o tomados en cuenta en el acto formal del despido, cuando ha sido precedido de un procedimiento escrito.

A partir de la lectura de esas normas, se podría concluir, en principio, que la forma de proceder con el despido en toda relación laboral debe necesariamente realizarse en forma escrita, a través de la entrega de la carta respectiva. Esta situación se fortalece aún más si se vinculan esas normas con el último párrafo del artículo 500 en cuanto indica:

> *[…] Se podrá justificar la falta de la entrega de la carta y alegar las conductas atribuidas como causa del despido sin responsabilidad, si al mismo tiempo se comprueba haber entregado copia del documento a la oficina del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en la forma y los términos indicados en el artículo 35 de este Código.*

Ahora bien, como lo señalamos, es claro que las personas promotoras de la reforma pretenden reglar la circunstancia de que se debe realizar todo despido en forma escrita.

No obstante, es factible prever que esta hipótesis no suceda en todos los casos, por lo que es necesario plantearnos cuál sería la solución más adecuada para estas excepciones a las reglas, por lo que esbozaré una serie de ejemplos y la respuesta que, en mi criterio, procedería para cada caso concreto:

a) Cuando hay entrega de la carta de despido

El primer ejemplo es cuando se entrega la carta de despido, pero en esta no se establece la causal de modo claro, a diferencia de lo indicado en el artículo 35 actual que indica que "la entrega de la carta de despido será obligatoria; en ella se deben describir, de forma puntual, detallada y clara, el hecho o los hechos en que se funda el despido". Véase el caso en que se entrega la carta de despido cuya fundamentación se basa en conceptos y no en hechos, como cuando se alega que hubo una falta grave y no se indica en qué consiste esta.

¿Cuál sería el tratamiento que le debe dar la jueza o el juez de trabajo a una carta de despido donde se da una remisión normativa mas no se indican los hechos? Ya que del modo en que resuelva esta situación va a depender todo el desarrollo del proceso. Se pueden destacar dos posturas distintas, la primera en apego a la norma, la cual sería el artículo 35, y la segunda, en que se parte de una visión más amplia, a continuación, presento mayormente cada una de estas posturas.

La primera postura es más restringida, ya que parte de la visión de que la teoría del caso no se fundaría en hechos, sino en conceptos, por lo que no cumpliría con lo indicado en el artículo 35, y así, no se entraría a evaluar este punto en el debate.

La segunda perspectiva es más amplia, ya que por una apertura al principio de tutela judicial efectiva, al principio de defensa y al derecho al contradictorio, le permite al empleador que cuando conteste la demanda, puede alegar situaciones que la carta no señala, es decir, en la demanda concretaría en qué consiste la alegada falta grave. Con esto volvería a la hipótesis que la Sala Segunda ha mantenido, en el sentido de que basta con solo que se indique la causal para que se pueda abrir el debate.

El segundo ejemplo es cuando se entrega la carta de despido y se indican los hechos de modo claro y concreto; pero cuando se contesta la demanda, se amplían los hechos. Véase el caso hipotético cuando en la carta se indica que hurtó un producto y, en la contestación de la demanda, señala que, además del hurto, golpeó a un compañero de trabajo.

En esta ocasión, si se hace una lectura de las normas mencionadas, se podría ver que debe centrar su contestación en cuanto a esa causal indicada en la carta de despido y no podría ampliar lo concretamente ya señalado.

De ambos ejemplos se puede observar cómo se cambia de paradigma de concepto a hechos. Por eso estas dos hipótesis son importantes cuando se entrega la carta, ya que, en la primera, dependiendo de la postura que se tome, se podría ampliar lo dicho en la carta, mientras que, en la segunda, no se es permitido por cuando sí indicó detalladamente en qué consistía el despido.

Un tercer ejemplo parte del mismo artículo 35, donde se indica que, cuando el trabajador o la trabajadora se niegue a recibir la carta de despido: "[…] la entrega deberá hacerla la parte empleadora a la oficina del Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social de la localidad […], lo cual deberá hacer a más tardar dentro de los diez días naturales siguientes al despido".

Este es el caso hipotético cuando hay entrega de carta a la persona trabajadora; pero el empleador alega que no quiso recibirla y, dentro de los diez días siguientes, según dispone la norma, se entrega al Ministerio de Trabajo otra carta distinta en donde se amplían y modifican las causales de la primera carta entregada.

En este caso, la carga de la prueba en cuanto a la entrega recae sobre la persona trabajadora, quien tendría que probar que sí se le entregó una carta de despido anteriormente, la cual estaba basada en otras causales. En este caso, el juez o la jueza debe entonces enfocarse únicamente en la carta que la persona trabajadora recibió.

b) Cuando no hay entrega de carta de despido

El primer ejemplo es cuando se hace el despido de modo verbal. En esta situación, hay que recordar que la norma estudiada tiene un contenido social, entonces se debe ver que, si bien es cierto, la hipótesis inicial del legislador fue reglar el despido como tal, muchas veces, dependiendo de las latitudes, esto no es lo usual y, debido a las situaciones socio-económicas, no se despide por medio de una carta, sino de modo verbal.

En este caso, la jueza o el juez se encuentra frente a dos posibles decisiones, la primera es que, de conformidad con el Código, específicamente el artículo 35, en el cual no abre el debate a la causal al no cumplir con la entrega física de la carta, tal y como está estipulado en la norma.

La segunda opción es permitir el contradictorio. En mi opinión, si bien es cierto la norma es de carácter social, el análisis no solo se debe partir desde la órbita de la persona trabajadora, sino también del empleador, ya que hay casos donde se deben analizar las circunstancias en apego al artículo 10 del Código Civil, el cual indica que las normas se deben interpretar también en relación con el contexto, los antecedentes y la realidad

social, de modo que se debe abrir la posibilidad del contradictorio.

En cuanto a esta postura, la Sala Segunda abre esta posibilidad, no obstante, con la Reforma Procesal Laboral, la Sala solo va a recibir casos de mayor cuantía, y si el asunto es de menor cuantía, el tribunal de apelaciones lo va a revisar y es este el que va a definir si hay despidos con carta o sin ella. Así el tribunal tendría que hacer una interpretación de la norma de acuerdo con su sentido histórico, sociológico y social.

De esta manera, se parte del pensamiento de que el despido que se realice sin una carta de despido es un despido radicalmente nulo, y siendo así, no podría alegar una causal. Por ello este punto es importante, ya que implica ver si la entrega de la carta es esencial para el proceso o no.

Como juez o jueza es necesario entender la problemática de que está administrando justicia. Se puede implementar una norma de carácter social, pero se debe analizar concretamente el acceso a la tutela judicial efectiva, ya que, a mi parecer, no debería ser una solución cerrada.

En la Reforma Procesal Laboral, el debate fundamental se centra en la carta ya que este es un aspecto previo al inicio del proceso, como se puede observar en el artículo 495, inciso 4, que indica que la demanda debe contener: "los hechos y los antecedentes del caso, relacionados con el objeto del proceso, expuestos uno por uno, numerados y especificados".

Es necesario destacar que habla de hechos y antecedentes, ya que una cosa es un hecho, que es una afirmación, y otra son los antecedentes, que son todos los aspectos vinculados con los hechos, pero son una narrativa de estos.

Asimismo, es necesario resaltar la relación con la materia civil en cuanto a los daños y perjuicios, ya que el 495, inciso 5, indica que "cuando se reclamen daños y perjuicios deberá concretarse el motivo que los origina, en qué consisten y su estimación, la cual podrá hacerse de forma prudencial".

Con respecto a la contestación, el artículo 497 se refiere a que se debe exponer con claridad si se rechazan los hechos o si se admiten con variantes o modificaciones y se deben ofrecer todas las pruebas que interesen a la parte, además de indicar el medio de recibir notificaciones. Aquí no varía la situación como se conoce actualmente. El 498 habla de la contrademanda que debe cumplir con las formalidades del artículo 495 en cuanto a la narrativa de los hechos.

f) El pago completo de las obligaciones salariales, incluidos sus montos y componentes, cuando así se requiera; las participaciones en utilidades, ventas o cobros; incentivos y demás pluses, convencional o legalmente establecidos

Dicho inciso genera la obligación procesal de acreditar el pago completo o parcial, dependiendo del argumento utilizado por la empleadora, del salario y los componentes salariales que lo integren (anualidades, salario en especie, gastos por representación, etcétera), así como las distintas formas de retribución, como la participación en utilidades, incentivos salariales y todos los demás pluses.

Por consiguiente, se incluye toda forma de retribución, como podría ser el pago de comisiones, dividendos y cualquier tipo de retribución que tenga contenido salarial (zonaje, kilometraje, etcétera).

g) La clase y duración de la jornada de trabajo

Este supuesto ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que es a la parte empleadora a la que le corresponde demostrar las regulaciones básicas o normales

de la contratación por ser la parte que tiene mayores posibilidades de recabar las pruebas que demuestren las condiciones de la ejecución del acuerdo.

Pero en cuanto a la jornada extraordinaria "por ser situaciones excepcionales" a la parte trabajadora es a la que le correspondía acreditar ese dicho, únicamente cuando la jornada era afirmada como excepcional por la persona trabajadora; pero si, al contestar la demanda, el empleador reconoce que ha impuesto la jornada normal en la que debe laborarse, es al empleador al que le corresponde probar que el trabajador no laboró en jornada extraordinaria o bien que le fueron canceladas (ver en este sentido, votos números 970 de las 9:00 horas del 25 de noviembre de 2005; 501 de las 9:30 horas del 21 de junio; 513 de las 10:30 horas del 21 de junio; 520 de las 9:38 horas del 23 de junio; 563 de las 9:52 horas del 30 de junio; 723 de las 10:20 horas del 9 de agosto;1107 de las 10:00 horas del 30 de noviembre, todas del 2006; y 2 de las 9:35 horas del 10 de enero de 2007).

En mi criterio, tal hipótesis jurisprudencial sería modificada por la nueva normativa, ya que parte de la premisa de que, sin ninguna excepción, la clase y duración de la jornada de trabajo le corresponden a la parte empleadora.

h) El pago o disfrute de los días feriados, descansos, licencias, aguinaldo y vacaciones

Otra norma que refuerza lo antes explicado en torno a la carga probatoria de los extremos laborales es esta, pues implica que la parte empleadora deberá acreditar el pago, o que la persona trabajadora disfrutó de esos extremos.

I) El cumplimiento de las obligaciones correspondientes al sistema de seguridad social

Este inciso amerita un especial comentario. En mi criterio, la norma somete a la carga probatoria del empleador de demostrar el pago adecuado de este tipo de obligaciones cuando sean objeto de pretensiones propias de un proceso ordinario entre la parte trabajadora y la patronal; por ejemplo, cuando se pida que el patrono cumpla su obligación de incluir en planillas al trabajador o a la trabajadora.

Sin embargo, yo creo que este supuesto no sería aplicable al proceso especial de infracciones a las leyes de trabajo y de seguridad social (artículos 396 al 403 de la reforma y 669 al 681), ya que implicaría que los casos en los que la parte acusada de esas infracciones fuera el empleador, la carga de la prueba del cumplimiento de las normas de seguridad social le correspondería a él, lo cual iría en contra de la naturaleza sancionatoria de esos procesos (artículo 669). En otras palabras, esta naturaleza conlleva que sea la parte acusadora la que debe demostrar la falta, siendo de aplicación el numeral 477 ibidem.

2.6 LA SENTENCIA Y LOS CAMBIOS EN LA REFORMA

El numeral 565 de esa reforma ofrece una serie de novedades en que pueden efectuarse pronunciamientos oficiosos de los órganos jurisdiccionales, tales como: a) la obligación de condenar al pago de intereses sobre el principal, al tipo fijado en el Código de Comercio (inciso 1°) y, b) la posibilidad de indexar los extremos principales de la condena, con base en el índice de precios de la persona consumidora del Área Metropolitana, entre el mes anterior a la presentación de la demanda y el precedente de aquel en que se realice efectivamente el pago.

2.7 LA CREACIÓN DE PROCEDIMIENTOS ESPECIALES PARA LA TUTELA

Dentro de este tipo de procesos, debemos referirnos previamente a la normativa referente a la prohibición de discriminación que la reforma introduce (numeral 404), cuya aplicación concreta se da en la eliminación de toda forma de trato desigual y despido por esas razones (artículos 405 y 406).

Una de las formas de tutelar esos derechos y, a la vez, garantizar la protección de fueros especiales y tutela al debido proceso es el procedimiento sumarísimo previsto en la reforma (artículos 540 a 547).

En cuanto a los fueros especiales y la garantía a un debido proceso, las personas que están legitimadas para acudir a este mecanismo son las siguientes: las personas servidoras del Estado sometidas al Régimen del Servicio Civil (respecto al procedimiento que se fija en el tribunal para ese régimen); las demás personas servidoras del sector público para la tutela del debido proceso o algún fuero semejante; las mujeres en estado de embarazo o de lactancia; las personas trabajadoras adolescentes; las personas sujetas a protección por fuero sindical (artículo 367 del Código de Trabajo); las personas que efectúen denuncias de hostigamiento sexual, de acuerdo con la Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia; las personas protegidas en virtud de la formulación de un conflicto de carácter colectivo; quienes gocen de un fuero especial de protección, ya sea por ley o por instrumento colectivo de trabajo y aquellas personas que, con ocasión del trabajo, hayan sufrido una "forma análoga de discriminación".

Una vez interpuesto este tipo de proceso, se le debe dar un trámite expedito de 24 horas, en las que el órgano jurisdiccional debe prevenir a la parte accionada que, dentro del plazo de cinco días, debe aportar los documentos que sean de interés para la solución del caso o bien el expediente administrativo o de aquel en que se aduce la violación al debido proceso, tratándose de relaciones de empleo público.

Asimismo, el órgano jurisdiccional oficiosamente o a solicitud de parte puede ordenar como medida cautelar que se suspendan los efectos del acto y que se ordene la reinstalación de la persona al cargo que venía desempeñando. En caso de que se requiera practicar una prueba no documental, se convoca a las partes a una audiencia única, a la cual se le aplicará supletoriamente lo establecido por el numeral 518 ya analizado.

Es importante que la competencia del despacho judicial se limite a la tutela de la pretensión de fuero especial que se trate, sin que pueda referirse al tema sustantivo de la conducta desplegada por el demandado y que culminó con la sanción aplicada hacia la parte actora.

2.8 MODIFICACIONES GENERALES EN TORNO AL DERECHO COLECTIVO

En cuanto al procedimiento de conciliación de un conflicto colectivo de carácter económico y social, se presentan situaciones en las que se mantienen en vigencia la legislación anterior y otras donde la reforma introduce variantes. Primeramente, se desjudicializa el trámite, ya que puede efectuarse este ante el Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social o ante cualquier centro de conciliación autorizado.

Las personas delegadas para conciliar deben ser dos o tres miembros a lo sumo, con facultades legales para poder acordar cualquier arreglo, y se establecen reglas concretas en cuanto a la suscripción del pliego de peticiones (artículo 619 de la reforma).

Las funciones del órgano conciliador deben excluir las cuestiones que no se puedan ventilar en esa vía. Se debe notificar a la otra parte que, dentro del plazo de tres días, debe indicar a las personas que designará como delegadas y debe proponer a una persona como conciliadora.

Luego de esto, se efectúa una comparecencia, en la que, en caso de arreglo, se da por terminado el conflicto, y las partes quedan obligadas a firmar (artículo 629), quedando a salvo el derecho de la parte que ha respetado el convenio para acudir a la huelga o al paro. Si en el proceso conciliatorio no se logra un convenio o arreglo de parte de los delegados, es posible que las partes acudan a un proceso de arbitraje (artículos 630 y 631).

Como requisito de ese proceso, se deben aportar las razones del conflicto y las recomendaciones

que se hicieron en el proceso conciliatorio para resolverlo. Igualmente, puede presentarse la hipótesis de que el acuerdo conciliatorio sea parcial, en este caso, el arbitraje versará sobre los aspectos controvertidos.

En el supuesto de que, finalizado el procedimiento conciliatorio, las partes no decidan acudir al arbitraje, el órgano dará por formalmente concluido el procedimiento, y las personas trabajadoras tendrán un plazo de veinte días para decidir si acuden a la huelga o no (artículo 634).

Con respecto al procedimiento para efectuar una negociación colectiva, la reforma establece supuestos distintos y hasta contradictorios con las disposiciones anteriores que quedaron en vigencia. Primeramente, en cuanto a la legitimación, ya que el numeral 56 del Código de Trabajo dispone que, en caso de que existan varios sindicatos, se podrá celebrar la negociación con la que tenga la mayoría de personas trabajadoras afectadas, en tanto que el artículo 696 de la reforma establece que se podrá realizar la negociación con los sindicatos que demuestren tener el número mayor de personas afiliadas en cada institución. La derogatoria del párrafo final del numeral 56 resulta importante, ya que esta norma establecía la posibilidad de acudir a la huelga o al paro, sin antes agotar la posibilidad de arbitraje.

El numeral 697 de la reforma permite que se efectúen convenciones colectivas por sector que involucren a más de una institución o empresa. Debe solicitarse ante el Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social que efectúe una determinación previa del número total de sindicalizados (artículo 700). A su vez, deben demostrarse la legitimación del sindicato o las organizaciones sindicales facultadas para negociar y que se haya presentado ante cada institución o dependencia un proyecto de convención colectiva. Luego de esto, se debe seleccionar y nombrar la comisión que representará a la parte patronal en la negociación, con la salvedad de que el número de representantes patronales no puede ser superior al de los representantes sindicales.

De acuerdo con el numeral 701, es posible solicitar la intervención del Ministerio citado como un "buen componedor" de la negociación, y se establece la necesidad de elaborar un proyecto unitario de previo a las negociaciones y, si dentro del término de un mes natural, no se haya cumplido con la formulación de ese proyecto, se parte del proyecto presentado por el sindicato mayoritario.

Ahora bien, en el supuesto de que se trate de una convención colectiva suscrita en el régimen de empleo público, se siguen en la reforma ciertos lineamientos establecidos por la Sala Constitucional en el voto número 4453-2000, de las catorce horas y cincuenta y seis minutos del veinticuatro de mayo de dos mil, en el sentido de que se fijan ámbitos objetivos (artículos 690 y 695) y subjetivos para la procedencia de esa negociación en el régimen de empleo público (numerales 683 y 689).

En cuanto al derecho de huelga, cuya posibilidad en el régimen de los "servicios esenciales" fue uno de los elementos esenciales para que el proyecto de reforma fuera vetado por el Poder Ejecutivo, se reguló de la siguiente forma: en el numeral 371, se define lo que es el derecho de huelga como "un derecho que consiste en la suspensión concertada y pacífica del trabajo" acordada y ejecutada por al menos tres personas trabajadoras que representen más de la mitad de los votos emitidos con al artículo 381 ibidem, por los involucrados en un conflicto colectivo de trabajo. También se brinda la posibilidad de que ese derecho pueda ser ejercido por una "coalición temporal" (artículo 372), quien deberá ejercer el derecho de huelga por medio de sus organizaciones sindicales: pero los titulares del derecho serían las personas trabajadoras.

Si se cumple el porcentaje fijado por el artículo 381, se puede acordar la convocatoria a huelga, conforme al inciso e) del numeral 346. En caso de que no se reúna ese porcentaje, se debe convocar a una votación secreta, en la que se tendrá la huelga por decretada en el caso de que el 35% del

total de las personas trabajadoras de la empresa institución o centro de trabajo haya concurrido a la votación, siempre y cuando se obtenga el respaldo de la mitad más uno de los votos emitidos. Este procedimiento de votación debe estar supervisado por la Dirección Nacional de la Inspección de Trabajo.

Con respecto a la huelga en los servicios públicos, es expresamente prohibida por el artículo 375, lo que obliga a las personas trabajadoras y a los empleadores a someterse a la solución mediante los tribunales de trabajo (artículo 707).

La declaratoria de "legalidad" de la huelga está sujeta a ciertos requisitos en la reforma: a) observar los extremos preceptuados en el artículo 371 citado; y b) agotar algunas de las alternativas procesales de conciliación establecidas en el artículo 618 ibidem. Esta última regla tiene su excepción en los conflictos jurídicos indicados en el artículo 386 y que dan lugar a la huelga legal. En estos casos, se entenderá satisfecho ese requisito por medio de la intimación que el sindicato o las personas trabajadoras hagan a la parte empleadora, otorgándole el plazo de por lo menos un mes para resolver el conflicto. En cambio, si se trata de un conflicto económico social, debe necesariamente agotarse el procedimiento conciliatorio.

El artículo 379 es un reflejo del voto número 10.832-2011 de la Sala Constitucional, en cuanto establece que solo podrán ordenarse la terminación de los contratos de trabajo o en su defecto el rebajo salarial o cualquier otro tipo de sanción cuando se declare la ilegalidad de la huelga. Dicha norma guarda relación con el numeral 380, el cual indica que la huelga legal suspende los contratos de trabajo vigentes por todo el tiempo que ella dure.

En los casos en que la huelga no se haya declarado en la totalidad del centro, sino en departamentos, secciones o categorías de personas trabajadoras, la suspensión los afectará solo a estos.

Si la huelga es declarada legal y se determina que las causas de esta son imputables a la parte empleadora por incumplimiento grave del contrato colectivo de trabajo; incumplimiento generalizado de los contratos de trabajo; incumplimiento de arreglo conciliatorio, convención colectiva o del laudo arbitral; negativa a negociar una convención colectiva; negativa a reconocer la organización sindical; negativa a reinstalar a los y las representantes de las personas trabajadoras o maltrato o violencia contra las personas trabajadoras, se le condenará al pago de los salarios durante los cuales las personas trabajadoras estuvieron en huelga, los cuales se cobrarán en ejecución de sentencia.

3. LAS DISPOSICIONES INTERNAS DICTADAS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CON LA FINALIDAD DE IMPLEMENTAR LA REFORMA PROCESAL (LEY N.° 9343)

Con el fin de implementar la nueva normativa procesal, a través de la sesión número 29-17 del 4 de septiembre de 2017, artículo VIII, la Corte Plena del Poder Judicial dictó las "Reglas Prácticas sobre la Reforma Procesal Laboral", y fueron comunicadas a través de la circular número 140-17.

Con respecto a la competencia de los juzgados laborales en materia de procesos de calificación de huelga y conflictos de carácter económico social, la circular establece que los juzgados que, por ministerio de ley, conocerán la materia laboral a partir de la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Laboral no tendrán competencia para tramitar y resolver los siguientes asuntos: calificación de huelga y paro; conflictos colectivos de carácter económico social (serán competencia de los tribunales de conciliación y arbitraje).

Lo anterior se realiza con fundamento en los artículos 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 659 de la Reforma. Se establece que la competencia para conocer de esos asuntos será

exclusiva de los juzgados especializados y mixtos que conocen materia laboral, de la circunscripción territorial que corresponda.

3.1 ASPECTOS PROCESALES ACLARATORIOS EN TORNO A NORMAS TRANSITORIAS

Como un complemento de las normas transitorias establecidas en la reforma procesal, a través de la circular citada, se introducen ciertos parámetros que llegan incluso a regular la hipótesis no prevista en las respectivas normas transitorias. Así, por ejemplo, la circular dispone que, en aquellos procesos que, antes del 25 de julio de 2017 (fecha de entrada en vigencia de la reforma), se haya dictado resolución, señalando audiencia de recepción de prueba, se regirán para todos los efectos por la legislación anterior (competencia, medios probatorios, plazos, deserción, recursos, ejecución de sentencia, etc.). Reiteramos que las disposiciones transitorias no establecen esto.

Además, la circular regula, al igual que las disposiciones transitorias, que todas las resoluciones dictadas antes de la vigencia de la nueva Ley Procesal tendrán los recursos previstos en la ley derogada (apelación y casación para los asuntos, cuya cuantía lo permita o recurso ante el juzgado de trabajo en los procesos tramitados en los juzgados contravencionales o tribunales de trabajo de menor cuantía, cuando así se disponga).

No obstante, la circular introduce la hipótesis de que las sentencias dictadas por los tribunales de trabajo de menor cuantía antes de la entrada en vigencia de la reforma, y que, en virtud de la ley derogada, tengan recurso de apelación, serán conocidas por el juzgado de trabajo que corresponda por circunscripción territorial. Igualmente, se introduce la variable no prevista en la reforma laboral de que, en procesos iniciados antes del 25 de julio de 2017, verificada la rebeldía, se emitirá la sentencia anticipada, conforme las reglas de los artículos 506 de la reforma y siguientes.

Otra disposición no prevista en la reforma laboral ni en sus transitorios, pero que la circular solventa es el hecho de que, **dentro del plazo de ley,** podrán presentarse los recursos contra las resoluciones dictadas antes del 25 de julio de 2017, en expedientes que pasarán a conocimiento de otro despacho (debido a la reestructuración orgánica) cuyo término venza después de esa fecha: a.) ante el juzgado que tramitaba el proceso o b) ante el juzgado que le corresponda asumirlo. En el primer supuesto, el recurso deberá remitirse al despacho que asume el proceso, en un plazo máximo de 24 horas.

Con respecto a los plazos o términos a la entrada en vigencia de la norma, la circular también dispone que no se suspenderán, interrumpirán ni modificarán los plazos pendientes de vencimiento al 25 de julio de 2017. Asimismo, los despachos que asumen la competencia de procesos, donde haya resoluciones apeladas, se pronunciarán sobre la admisibilidad de los recursos conforme a la normativa derogada. Se hará la admisión de la apelación contra resoluciones emitidas, antes del 25 de julio de 2017, ante el órgano que resulte competente para conocer del recurso conforme la estructura definida por la Corte Plena, con ocasión de la nueva Ley Procesal.

Con base en nuestra estructura jurisdiccional, vigente a partir del 25 de julio de 2017, en todos los procesos laborales, donde se haya admitido el recurso de apelación, no se requiere de nueva resolución que modifique el nombre del despacho al que se le traslada la nueva competencia funcional.

En cuanto a las gestiones de adición o aclaración, la circular dispone que las resoluciones dictadas antes del 25 de julio de 2017 serán resueltas por el despacho que asume la nueva competencia, según las presentes reglas. Según la legislación derogada, se ejecutarán las sentencias dictadas antes del 25 de julio de 2017 y las que se emitan de acuerdo con el señalamiento previo a esa fecha. Por otro lado, en cuanto a las formas anormales de terminación del proceso, la circular (y no la reforma procesal) dispone que, en los casos de

señalamiento previo al 25 de julio de 2017, lo relativo a las formas anormales de terminación del proceso se regirá con base en la normativa derogada. En el supuesto contrario (que no haya señalamiento), se procederá conforme a lo estipulado por el artículo 570 de la Reforma.

En cuanto a las medidas cautelares, nuevamente la circular establece supuestos no previstos por la ley, ya que esa circular dispone que, en los casos de señalamiento previo al 25 de julio de 2017, se resolverán las solicitudes de otorgamiento, modificación, sustitución o levantamiento de medidas cautelares, con base en la normativa derogada. En los asuntos donde no haya señalamiento previo a esa fecha, se regirá conforme a la nueva normativa.

El tema de la resolución de las excepciones de incompetencia (por materia o territorio), tampoco es resuelto por la Reforma ni en las disposiciones transitorias. La circular es la que regula que, en los procesos iniciados antes del 25 de julio de 2017, en los que se encuentre pendiente de resolver la excepción de incompetencia por la materia o el territorio, deberá adecuarse el trámite para que se resuelva conforme las reglas contenidas en los artículos 436, 437, 438, 439 y 440 de la Reforma.

También la circular señala que, en los procesos iniciados antes del 25 de julio de 2017, pendientes de resolver la excepción de incompetencia por la cuantía, se adecuará su trámite de oficio según corresponda, conforme a sus pretensiones principales. En los procesos iniciados antes del 25 de julio de 2017, en los que esté pendiente de resolver una recusación, se adecuará su trámite a lo establecido en los artículos 441 y 442 de la reforma.

3.2 EL TEMA DE LA ASISTENCIA SOCIAL GRATUITA EN LA CIRCULAR

Este aspecto merece un especial comentario. La circular establece lineamientos en este tema no previstos en la Reforma Laboral. Así, se establece que, en las circunscripciones territoriales donde no se haya implementado el servicio de asistencia legal gratuita por el Poder Judicial y no exista ese servicio proporcionado por otra organización, las personas trabajadoras podrán litigar en estrados judiciales, presentando gestiones apud acta, y los despachos estarán en la obligación de atenderlas, deberán tomar demandas y manifestaciones verbales.

Esto es permitido por la circular fundada en "políticas institucionales de acceso a la justicia".

Asimismo, dispone que, en las circunscripciones territoriales donde se encuentre habilitado el servicio de defensa legal gratuita por parte del Poder Judicial, y la persona trabajadora decida actuar y comparecer por sí misma conforme la potestad que confiere el artículo 451 de la reforma, deberá presentar sus gestiones por escrito en los términos de los artículos 451 y 462 ibidem.

Por otro lado, es la circular y no la Ley Procesal la que establece que la determinación de si una persona usuaria califica para recibir el servicio de asistencia legal gratuita por parte del Poder Judicial, le corresponde a la Defensa Pública.

También la circular y no la ley establece que, en los procesos de "protección en fueros especiales y tutela del debido proceso", donde la persona trabajadora se apersone por sí misma a interponer la gestión que corresponda por el despido de una trabajadora en estado de embarazo o lactancia, o una persona trabajadora adolescente o se alegue un motivo discriminatorio y no cuente con patrocinio letrado, en la resolución que convoca a la audiencia (cuando esto sea procedente conforme al artículo 542), el despacho deberá remitir oficio a la Defensa Pública de la circunscripción territorial que corresponda, para que designe a una persona abogada de asistencia social que atienda esa diligencia (artículo 422, párrafo final de la Reforma.).

3.3 LA PUBLICIDAD DE LAS AUDIENCIAS Y LAS CONCILIACIONES COMO "ACTO PREVIO"

En cuanto a lo primero, la circular llena vacíos que la ley no dispone, porque el numeral 525 de la reforma establece esa publicidad. No obstante, la circular es la que llena aspectos que se deben valorar para declararla "privada", tales como la naturaleza del proceso; las demandas por acoso sexual o laboral; cuando se discuta la existencia de actos discriminatorios en los que se pueda afectar la dignidad de la presunta víctima; cuando se ventilen datos sensibles que, conforme a las políticas de la institución, no deban ser de conocimiento público; y cualesquiera otras situaciones que por analogía se ajusten a estos criterios siempre a valoración de la persona juzgadora que dirige el proceso.

De igual forma, la circular dispone que deberá efectuarse y razonarse la declaratoria de privacidad de la audiencia en la resolución que convoca a esa diligencia, para que sea de conocimiento previo de las partes e intervinientes del proceso.

En torno a la conciliación previa, la circular introduce lineamientos que la misma norma sustantiva no prevé. Veamos.

El numeral 459 prevé la posibilidad de este tipo de conciliaciones. Pero la circular es la que dispone que la solicitud no estará sujeta a especiales formalidades e, incluso, podrá gestionarse verbalmente, pero como mínimo, se deben identificar a la persona solicitante, a la presunta persona deudora y el lugar o medio para citarlas a la comparecencia, el lugar y clase de trabajo, la categoría profesional u oficio, antigüedad, salario y demás remuneraciones, los rubros reclamados u objeto del conflicto y el medio para atender notificaciones de la persona gestora, sin perjuicio de que esta autorice el envío de la comunicación por medio del sistema de mensajería de texto del que el Poder Judicial dispone.

De igual forma, la circular dispone que presentada la solicitud de conciliación previa, se deberá ingresar al sistema de gestión para su trámite, pero se deberá contar con una identificación especial para distinguirla a nivel estadístico de los procesos laborales iniciados con demanda.

Recibida la solicitud de conciliación previa, se deberá incluir en la agenda inmediatamente la audiencia respectiva, en un plazo que dentro de las posibilidades del juzgado permita que se celebre la conciliación con la brevedad posible y que, en ningún caso, podrá ser superior al mes. Se le entregará la cita respectiva a la parte solicitante cuando se reciba la solicitud.

Podrá efectuarse la notificación de la citación a la comparecencia de la contraparte por cualquier medio que garantice la comunicación, debiendo dejarse constancia en la gestión sobre el medio empleado, la hora y fecha de la comunicación, si fue efectiva o no, y en caso de que la gestión sea negativa, se deben explicar las razones por las cuales no se pudo llevar a cabo, en cuyo caso se le informará a la persona gestora para que indique sobre la existencia de otros medios que permitan la citación de la contraparte.

Vencido el plazo de tres meses sin que pueda notificarse a la contraparte de la citación a conciliar por cualquier causa, se archivará definitivamente esta gestión, y deben consignarse en la constancia donde se ordena el archivo, las razones por las que no pudo llevarse a cabo la audiencia en el término legal previsto.

Notificadas las partes, se realizará la audiencia de conciliación a la hora y fecha programadas. Será atendida por una persona juzgadora especializada en conciliación del respectivo centro de conciliación disponible en el circuito, previa coordinación o, en su defecto, por una persona juzgadora del despacho.

Se deberá levantar un acta del resultado de la conciliación, la cual deberá cumplir los requisitos de validez y eficacia dispuestos para ese acto

por la Ley de Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, el Código de Trabajo y demás normativa concordante.

No se consignarán las manifestaciones hechas por las partes durante la audiencia en el acta y serán secretas, únicamente se hará constar que la conciliación fue negativa, cuando no se logre alcanzar un acuerdo o los términos exactos y detallados del convenio, cuando haya una conciliación total o parcial.

La no comparecencia injustificada de cualquiera de las partes, debidamente citadas a la audiencia de conciliación programada dará por concluido ese trámite y producirá su archivo. Cuando de manera concomitante con la demanda, se presente una solicitud de conciliación previa, antes de darle curso, se deberá agotar el procedimiento descrito en los apartados anteriores, con la salvedad de que se debe procurar que la persona juzgadora que celebre la audiencia de conciliación sea distinta a la que tiene asignado el expediente para su trámite. Mientras se tramita el procedimiento de conciliación previa, el proceso se mantendrá en suspenso, y no correrá plazo alguno de prescripción.

En caso de que fracase la conciliación o que esta no se pueda llevar a cabo por cualquier causa en el plazo máximo de tres meses previsto en el artículo 459 citado, se deberá de inmediato tramitar el caso.

3.4 LAS REGLAS DE LAS AUDIENCIAS ORALES QUE LA CIRCULAR SEÑALA

Tal y como hemos venido reseñando, la circular prevé regulaciones que la normativa procesal no señala en forma expresa. Así, en el marco de las audiencias orales, la circular dispone que, a la hora señalada, la persona técnica judicial del despacho deberá recibir a las partes y representantes, sus documentos de identificación y estas se ubicarán en el lugar que les corresponde. Luego, indica que la persona juzgadora deberá brindar un saludo y su identificación.

Acto seguido, el juez o la jueza dará una explicación breve de la metodología de desarrollo de la diligencia, la cual incluye: orden de la palabra, respeto y consideración para participar, obligación de apagar el teléfono celular o mantenerlo en silencio, los roles que las partes deben cumplir, las potestades de la persona juzgadora, la utilización de los equipos de grabación de la diligencia y cualquier otra recomendación pertinente.

En ese mismo momento, se les deberá indicar a las partes que, en caso de que no mantengan una conducta de orden y respeto, se les podrá expulsar de la audiencia, teniéndolas como inasistentes a partir de ese momento para todos los efectos legales. Una vez juramentadas las personas declarantes, serán ubicadas en un espacio físico apropiado, donde no puedan escuchar las declaraciones de las otras. Rendida su declaración, se les apercibirá que no podrán comunicarse con las demás personas intervinientes en la audiencia, hasta que esta concluya.

La persona juzgadora deberá asegurar el pleno respeto de los principios de oralidad durante la celebración de la audiencia; promoverá el contradictorio como instrumento de averiguación de la verdad real; velará por la concentración de los distintos actos procesales que corresponda celebrar; fungirá como directora de la audiencia, abriendo y dando por concluidas sus etapas, otorgando y limitando el uso de la palabra conforme las reglas del artículo 529 de la Reforma, disponiendo sobre los aspectos importantes que deben hacerse constar en el acta y realizando todas las actuaciones necesarias, para que el debate transcurra ordenadamente. Igualmente velará que se cumpla con el etiquetado preestablecido para la grabación de las audiencias.

En la audiencia se debe velar para que se garantice el principio de contradictorio, dándole audiencia oral a la contraparte de todas las gestiones que formule cualquiera de los y las intervinientes. Se deberán sustentar oralmente las resoluciones

que la persona juzgadora dicte durante el curso de la audiencia, dando las razones de hecho o de derecho que las motiven. Los traslados que se den en las audiencias serán sumarísimos, para ser evacuados de forma inmediata, de tal manera que no constituyan un obstáculo para el normal desarrollo de la actividad.

Se dispondrá el recurso de revocatoria contra las resoluciones orales que se dicten en la audiencia, el cual deberá ser formulado verbalmente por las partes, una vez que la persona juzgadora comunique su resolución. Deberá sustanciarse oralmente en el mismo acto el recurso de apelación formulado contra alguna resolución que se emita durante la audiencia.

Si las partes interponen la apelación respectiva, y lo resuelto no le pone fin al proceso, se reservará la apelación para ser conocida junto con el recurso que proceda contra la sentencia. Se deberá dejar constancia de esa circunstancia en el acta respectiva y se etiquetará en el sistema de grabación correspondiente.

Si la resolución impide la continuación de la audiencia, y una parte interpone en el acto el recurso de apelación verbalmente, se le deberá emplazar a la contraria en la misma diligencia, para que en el plazo de tres días y por escrito, conforme lo dispuesto por el artículo 591 de la reforma, presente la expresión de sus agravios en relación con los motivos argumentados.

También la circular (y no la ley) es la que dispone las hipótesis en que un asunto puede ser calificado como complejo. Esa circular señala que para esto se valorarán: la naturaleza de las pretensiones; la cantidad de intervinientes; la abundancia de prueba útil y necesaria; la cantidad y naturaleza de las excepciones opuestas; cualquier otra causa objetiva y razonable que lo amerite.

En la resolución que convoca a la audiencia oral, se deberá declarar de manera fundada que el asunto es de naturaleza compleja, y se convocará a las partes a la audiencia preliminar, la cual se deberá celebrar dentro del siguiente mes, al tenor de lo normado en el artículo 513.

En la resolución que convoca a la audiencia preliminar, se deberá emitir pronunciamiento sobre la prueba admitida únicamente para esa audiencia. Para ampliar el plazo para el dictado del fallo, deberá razonarse la declaratoria de asunto complejo o de la existencia de abundante prueba, y deberá estar amparado en circunstancias objetivas que eviten el uso abusivo de esta figura en detrimento del servicio público.

Con respecto al uso de videoconferencias en las audiencias, la circular 140-17 presenta toda una normativa no prevista en la reforma laboral. La circular establece que cuando se deba evacuar una prueba testimonial, pericial, confesional o declaración de parte, y la persona compareciente resida en un domicilio que corresponda a otra circunscripción territorial distinta a la del juzgado y se encuentre impedida por una causa justificante para apersonarse hasta ese despacho, o se considere que, por razones de vulnerabilidad o algún otro criterio vinculado al derecho de acceso a la justicia, no es conveniente que se traslade hasta el sitio donde se llevará a cabo la audiencia oral. Podrán utilizarse la videoconferencia y otros mecanismos de videollamada, como alternativa para incorporar esa prueba a la audiencia, siempre y cuando se encuentren operando en la institución y permitan el contradictorio y el derecho de defensa.

Para tal efecto, cuando se admita una solicitud de videoconferencia o de oficio se aprecie que es necesario acudir a ese mecanismo, el despacho deberá realizar las coordinaciones necesarias con las administraciones regionales de ambos circuitos judiciales para habilitar el uso de esa herramienta tecnológica para la evacuación de esa probanza, asegurándose de informarle a la parte, a través del citatorio respectivo o por medio de la parte proponente, sobre el lugar, la hora y la fecha para la realización de esa diligencia.

El juzgado deberá efectuar la solicitud para el uso del sistema de videoconferencia utilizando los formularios respectivos definidos por la Dirección Ejecutiva en sus circulares (5 del 11 de febrero de 2010 y 5 del 24 de febrero de 2017).

Cuando en la audiencia oral, una perita o un perito oficial se deba presentar a un circuito judicial distinto al del juzgado, debe incorporarse ese tipo de pruebas mediante el uso de la videoconferencia, para lo cual el despacho deberá efectuar las coordinaciones necesarias en los términos expresados en los anteriores apartados.

La Administración encargada de recibir a la persona usuaria estará en la obligación de verificar que corresponda a la identidad de la persona llamada a comparecer, así como los y las testigos, las peritas y los peritos a la audiencia oral dentro del proceso laboral, requiriendo su documento oficial de identidad y confeccionando la constancia respectiva que remitirá de inmediato por los medios electrónicos disponibles al despacho que tramita el proceso.

En materia de las audiencias en procesos de seguridad social, la circular también se encarga de establecer los lineamientos no previstos en la ley. Así, esta regula que, en los procesos con pretensiones sobre seguridad social, se convocará a la audiencia únicamente cuando sea necesario evacuar prueba no documental o exista discrepancia respecto de la pericia. Cuando se trate de peritas y peritos médicos del Poder Judicial, se recibirá su informe mediante el sistema de videoconferencia cuando en el despacho se cuente con ese recurso.

Se señalará únicamente la celebración de una audiencia oral a la que las peritas y los peritos deban comparecer (presencialmente o por videoconferencia), en aquellos casos en los que, como prueba complementaria o para mejor resolver, el juzgado haya admitido la prueba pericial particular y cuando exista discrepancia entre esta y la oficial. La persona juzgadora deberá valorar cada solicitud de prueba para mejor resolver y pronunciarse sobre su admisibilidad. En los procesos con pretensiones sobre seguridad social, se convocará a la audiencia únicamente cuando sea necesario evacuar prueba no documental o cuando exista discrepancia respecto de la pericia.

En cuanto a la nulidad de las audiencias, también la circular prevé supuestos que la ley no dispone, porque la circular dispone que, cuando el o la superior anule una sentencia porque no se dictó dentro del plazo legal, debe señalar las pruebas, actos y actuaciones que deben repetirse.

La persona juzgadora distinta a la que emitió el fallo anulado debe repetir la audiencia al mes siguiente del recibo de la sentencia anulada. En la eventualidad de que a la nueva persona juzgadora le anulen el fallo y no haya otra persona integrante ordinaria, se acudirá a la lista de suplentes del despacho. Cuando no se logre resolver bajo esa alternativa el asunto, se acudirá a las reglas previstas en el numeral 29 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Referencias bibliográficas

Circulares Dirección Ejecutiva (5 del 11 de febrero de 2010 y 5 del 24 de febrero de 2017).

Decreto Ejecutivo n.º 10281-MTSS, publicado en la Gaceta de julio de 1979

Ley número 9343. Reforma Procesal Laboral
Ley Orgánica del Poder Judicial.

Ley de Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, el Código de Trabajo

Reglas Prácticas sobre la Reforma Procesal Laboral de la Corte Plena del Poder Judicial dictadas en las sesión número 29-17 del 4 de septiembre de 2017, artículo VIII, , y fueron comunicadas a través de la circular número 140-17.

Notas al final

1 La norma en cuestión establece que quedan exentos de los impuestos de papel sellado y timbre de todos los actos jurídicos, las solicitudes y actuaciones de cualquier especie que se tramiten ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, ante las personas funcionarias que actúen en su representación y ante los tribunales de trabajo, así como para las legalizaciones que las personas trabajadoras tuvieran que hacer en juicios de sucesión, insolvencia, concurso o quiebra. Igual exoneración regirá para los contratos y convenciones de trabajo, individuales o colectivos que se celebren y ejecuten en el territorio de la República.

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 125, págs 41-61 ISSN 2215-2385 / diciembre 2018

VIOLENCIA OBSTÉTRICA Y SU ABORDAJE CONSTITUCIONAL EN COSTA RICA

*M.Sc. Yerma Campos Calvo**
ycampos@Poder-Judicial.go.cr

Nos encontramos así con tres grandes tipos de lectura sobre derechos humanos. Las de Derecho natural, antiguo y moderno, que contienen la posibilidad de negar derechos humanos a aquellos cuyas prácticas no coincidan con una moral universal decidida autoritariamente, o sea desde el poder económico, político y cultural. La de estos derechos, porque su realidad es enteramente jurídica o formal (es norma lo que se sigue del procedimiento jurídico que constituye a las normas), cuestión que solo puede ser cautelada por pactos interestatales y Cortes Internacionales cuyo carácter no es necesariamente popular y fácilmente puede ser antipopular, y la lectura sociohistórica de derechos humanos cuyas raíces, según veremos, son populares.

Helio Gallardo[1]

Recibido 14 junio 2018 **Aprobado 16 agosto 2018**

Resumen

En los últimos tiempos, el tema de la violencia obstétrica ha cobrado una gran importancia y se han dado pronunciamientos al respecto como voto emitido número 3354-2015 de las doce horas del seis de marzo de dos mil quince de la Sala Constitucional, donde se define la violencia obstétrica, como una violencia de género y de violación de derechos humanos, reconociendo que ninguna mujer debe ser lesionada o agredida físicamente, ni ser víctima de daños mentales o morales que le impidan conservar su estabilidad psicológica o emocional; igualmente dicha normativa tutela el derecho a la honra y al reconocimiento de la dignidad de las mujeres que se encuentren en etapa de embarazo, parto o post parto.

Abstract

In recent times, the issue of obstetric violence has gained great importance and there have been pronouncements in this regard as vote cast number 3354-2015 of the twelve hours of March 6, two thousand and fifteen of the Constitutional Chamber, where it is defined obstetric violence, such as gender violence and violation of human rights, recognizing that no woman should be injured or physically attacked, nor be a victim of mental or moral damage that prevents her from maintaining her psychological or emotional stability; This regulation also protects the right to honor and recognition of the dignity of women who are in the stage of pregnancy, childbirth or postpartum.

PALABRAS CLAVES

Violencia obstétrica, violencia de género, Derechos Humanos.

Keywords

Obstetric violence, gender violence, Human Rights.

---

* MSc. Yerma Campos Calvo, se ha desempeñado como presidenta de la Asociación de Juezas y Jueces de Familias de Costa Rica y Magistrada Suplente de la Sala Constitucional. Jueza del Juzgado de Niñez y Adolescencia.

INTRODUCCIÓN

En Costa Rica, muy recientemente, el tema de la violencia obstétrica ha cobrado una gran relevancia social, y diversas instituciones se han pronunciado al respecto, tal como lo hizo la Sala Constitucional por medio del voto emitido número 3354-2015 de las doce horas del seis de marzo de dos mil quince.

Este voto señala la violencia obstétrica como una violencia de género y de violación de derechos humanos y reconoce que ninguna mujer debe ser lesionada o agredida físicamente, ni debe ser víctima de daños mentales o morales que le impidan conservar su estabilidad psicológica o emocional. Igualmente dicha normativa tutela el derecho a la honra y al reconocimiento de la dignidad de las mujeres que se encuentren en etapa de embarazo, parto o posparto. Esta resolución de la Sala Constitucional es el eje de la presente reflexión.

Pero entender la violencia obstétrica como una "violación a los derechos humanos" conlleva la necesidad de explicitar una respuesta a la pregunta acerca de qué se está entendiendo por "derechos humanos" como fundamento mismo de esta resolución de la Sala Constitucional, así como ubicar esta concepción dentro del desarrollo histórico del derecho positivo costarricense.

En una cita de uno de sus textos que se usa como epígrafe, un autor como Helio Gallardo resalta la necesidad de distinguir entre al menos tres lecturas distintas sobre qué se está entendiendo por "derechos humanos", y cada una de esas lecturas presenta distintas consecuencias legales, sociales y políticas.

Ciertamente el voto citado de la Sala Constitucional se constituye en sí mismo en una realidad jurídica formalmente obligante con las instituciones médico-hospitalarias involucradas (segunda lectura señalada por el autor citado), pero subyace a esta formalidad una realidad de, al menos, movilidad y agitación social que deben ser recuperadas para comprender la actuación misma del órgano constitucional (tercera lectura posible de las indicadas por Helio Gallardo).
El voto 3354-2015 es una respuesta a una situación de agitación y movilización social contra una conducta, principalmente en los hospitales de la Caja Costarricense del Seguro Social, que los sectores sociales rechazan y exigen que se cambie.

Ahora bien, debe explicitarse que no hay, pues, una respuesta unívoca a la pregunta sobre qué son derechos humanos y, específicamente, acerca de los contenidos sociales que adquieren en función de la reflexión sobre las luchas y las reivindicaciones sociales y la respuesta jurídica que el Estado les da a estas por medio de la construcción histórica de su régimen jurídico.

Se evidencia, entonces, las necesidad de abordar un tema, situación y condición social como la violencia obstétrica, tomando en cuenta las distintas lecturas que señala Gallardo, en la búsqueda en este caso de una mejor comprensión de la trama de fuerzas políticas y circunstancias institucionales concretas que se tejen alrededor del despliegue histórico mismo de las contradicción y las tensiones médico-hospitalarias que en Costa Rica, por una parte, le han dado cuenta a una lucha social en contra de una conducta institucional que se considera, hoy día y por determinados sectores sociales, violatoria de derechos humanos y el tipo de respuesta que, en general, el Estado le ha dado a la demanda social de un cambio en la conducta cuestionada. Citando nuevamente a Helio Gallardo:

> *Se hace necesario retomar aquí los criterios básicos de esta discusión. En primer tiempo, la oscuridad sobre el fundamento de derechos humanos tiene un costo significativo sobre su planteamiento, promoción y defensa. Este costo castiga directamente a los sectores populares ya bajo su expresión de vulnerabilidad, ya como agentes de transformación social, política y cultural, necesaria. En segundo término, el fundamento de derechos humanos está en*

los movimientos y movilizaciones sociales, en la lucha social, no en una ideología filosófica o en su aceptación o promoción por el Estado o Estados o el reconocimiento de una abstracta dignidad humana. Es por medio de la lucha social que derechos humanos adquiere legitimidad cultural. La lucha social, por tanto, es decisiva para la construcción de una cultura de derechos humanos. En tercer término, solo en el marco de una cultura de derechos humanos éstos pueden ser reclamados con eficacia en los circuitos judiciales[2].

Buscar entender, desde esta perspectiva, el contexto social donde un determinado voto de la Sala Constitucional cobra pleno sentido, y cómo esa resolución sintetiza y recupera una demanda para un cambio institucional en el seno del sistema médico hospitalario costarricense en contra de lo que ha sido su inercia histórica

I. AGITACIÓN SOCIAL Y DEMANDAS DE UN CAMBIO INSTITUCIONAL

La violencia obstétrica se torna en un tema de debate público, agitación social e intervención de distintas instituciones —como la Defensoría de los Habitantes, la Universidad de Costa Rica o la misma Sala Constitucional— en tiempos muy recientes. Sin embargo, los distintos sectores involucrados en la demanda de cambios mostraron una enorme combatividad y capacidad de usar distintos instrumentos políticos y legales a su alcance para lograr su objetivo de un cambio en la conducta institucional del sistema médico–hospitalario del país.

De seguido se reproduce una noticia aparecida en el periódico La Nación, uno de los principales medios de comunicación masiva del país que ilustra muy bien este clima de agitación social e intervenciones institucionales que se han vivido alrededor de la lucha contra la violencia obstétrica:

Periódico *LA NACIÓN*[3]

Salud
CIDH cuestiona al país por violencia obstétrica

Comisionados piden información sobre calidad de la atención a mujeres
Por: Ángela Ávalos 24 octubre, 2015

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) manifestó su interés por saber los alcances de la violencia obstétrica en la región, tras conocer el caso costarricense durante una audiencia pública realizada este viernes en Washington.

La cita se realizó con presencia de la sociedad civil, representada por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil) y el Centro de Investigación en Estudios de la Mujer (CIEM), de la Universidad de Costa Rica (UCR).

Como delegados del Estado costarricense acudieron Eugenia Gutiérrez, directora jurídica adjunta de la Cancillería, y María Eugenia Villalta Bonilla, gerenta médica de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS).

El presidente de los comisionados, José de Jesús Orozco Henríquez, aclaró que esta audiencia es temática y no está relacionada con ninguna petición o caso.

La aclaración la hizo Orozco en virtud de la sorpresa que manifestó Eugenia Gutiérrez por haber sido el Estado convocado "bajo el término de denuncia de violencia obstétrica".

"El Estado costarricense se hace presente con el propósito de transmitir a la Comisión la importancia de los procesos que ha venido asumiendo el Estado en lo que se

ha calificado como violencia obstétrica", agregó.

Según las voceras del Cejil y del CIEM, el objetivo de la audiencia era presentar la situación de la violencia obstétrica en el país, luego de varios casos que se han hecho públicos por la prensa, en que mujeres embarazadas se quejan por el maltrato recibido antes, durante o tras el parto.
Lady Zuloaga, del Cejil, solicitó a la Comisión pedir al Estado, entre otras cosas, un plan o agenda para tratar integralmente el problema, con perspectiva de género, y monitorear los cumplimientos del país en el tema.

Por su parte, Villalta enumeró un listado de más de 15 acciones desarrolladas por la CCSS desde el 2009 para mejorar la atención de las madres y sus bebés.

Villalta mencionó, por ejemplo, la actualización de la guía para la atención integral de las madres y sus hijos, y el fortalecimiento de los servicios de neonatología y las maternidades en todo el país.

Interés. Tras escuchar los argumentos de Cejil, CIEM y el Estado costarricense, los comisionados manifestaron interés por conocer, entre otros asuntos, las figuras jurídicas por medio de las cuales Costa Rica reconoce la violencia obstétrica.

Orozco, por ejemplo, preguntó cómo funciona el sistema de responsabilidades del personal médico cuando aparecen casos de este tipo, y si existen programas de atención psicológica y rehabilitación para las mujeres que resulten víctimas de estos maltratos.

La comisionada Tracy Robinson se mostró particularmente interesada en recalcar que "esta es una cuestión muy importante para la región".

"Aunque ustedes respondan por Costa Rica, hay otros países que le están prestando atención (a este tema). No es una forma nueva de violencia. Es hasta ahora que estamos estudiando su gravedad y consecuencias. Es una buena oportunidad para ustedes y para nosotros, para que entendamos este asunto en la región (porque) es una forma de violencia contra las mujeres", afirmó la comisionada.

Cuando los comisionados de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) señalan que la violencia obstétrica "no es una forma nueva de violencia", pero "es hasta ahora que estamos estudiando su gravedad y consecuencias", no hacen sino resaltar el carácter histórico del fenómeno en cuestión, así como de las mismas respuestas que, por medio de una agitación y movilización social, llevaban a la exigencia reciente de cambios procurando su desaparición.

Es necesario entender que solo puede comprenderse plenamente en su gestación un voto como el 3354-2015 de la Sala Constitucional costarricense, así como en sus eventuales consecuencias, cuando este se contextualiza precisamente en ese devenir histórico.

Obsérvese, luego, cómo no solo son varias las organizaciones sociales e instituciones estatales que se ven involucradas en la lucha contra la violencia obstétrica—el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil), el Centro de Investigación en Estudios de la Mujer (CIEM), la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS)— sino también los múltiples aspectos y elementos que se ven involucrados —guías para la atención integral de las madres y sus hijos e hijas, fortalecimiento de los servicios de neonatología y las maternidades en todo el país, responsabilidades del personal médico, existencia o no de programas de atención psicológica y rehabilitación para las mujeres que resulten víctimas de estos maltratos, etc.— que hacen del fenómeno mismo y su combate una

situación sumamente compleja. En este contexto de agitación y movilización social por cambios institucionales, el voto indicado de la Sala Constitucional se gesta y adquiere pleno sentido.

II. LA VIOLENCIA OBSTÉTRICA Y SU COMBATE COMO FENÓMENO SOCIOHISTÓRICO

> *La experiencia de la maternidad conforma uno de los espacios de dominio de la biopolítica (Foucault, 1976). La negación del beneficio de prácticas y saberes tradicionales relativos al parto coloca a los profesionales de la salud cómo los únicos autorizados a intervenir en el cuerpo de las mujeres. La asimetría médico-paciente, entonces, se arraiga en las prácticas sociales. A su vez, la institucionalización de los procesos reproductivos desplaza a la mujer del rol protagónico en su propio embarazo, en el momento del parto e incluso durante el puerperio, lugar que pasa a ser ocupado por la autoridad del saber profesional.*
>
> *Laura Belli*[4]

La maternidad es una posibilidad biológica que tienen la mayoría de las mujeres, pero la realización de esta es determinada de una manera sociohistórica. En las sociedades occidentales, la maternidad ha venido siendo institucionalizada como una experiencia vital que es administrada en un ámbito hospitalario y es gobernada por un personal médico. Es una institucionalización médico–hospitalaria que deja a la mujer embarazada como objeto de una práctica médica que la enajena como persona, junto con su familia.

Por ello, tradicionalmente desde el mundo jurídico, se ha abordado lo relativo a estos momentos desde la tutela del derecho fundamental a la salud.

Sin embargo, este sometimiento al poder médico no es voluntario, es producto del proceso de higienización que se dio en el siglo XIX, en el cual el Estado liberal interviene de manera abrupta en las familias y grupos sociales, imponiendo unas determinadas formas de hacer las cosas, en especial, las relacionadas con las prácticas médicas y sanitarias, las cuales desplazan los usos y las costumbres que imperaban.

Es así como el conocimiento tradicional es sustituido por un conocimiento generado en grupos ligados a quienes ostentan el poder y, de esta forma, se convierte en un instrumento de dominación. Se trata, pues, de un tema de biopolítica.

En el caso de las mujeres, las nuevas formas de tratamiento médico son una forma de desplazar el protagonismo y el conocimiento que las mismas mujeres habían desarrollado por siglos, un saber desarrollado y que estaba reservado a las parteras, hacia otro grupo social históricamente conformado y dominado por los hombres: los médicos. Se trata del arribo e imposición de un nuevo grupo social que no solamente impone una nueva forma de conocimiento como el único científico y, por lo tanto, válido, sino, además, conlleva a la desvalorización del conocimiento y la práctica tradicional de otros grupos como las parteras, para terminar imponiendo un nuevo monopolio de poder: el del médico y su institución hospitalaria.

De ahí surgen la importancia y la trascendencia política de los abordajes críticos de esta realidad histórica como la presente en autores como Michael Foucault: aprehender desde una óptica radicalmente crítica la forma en que el tratamiento médico se da, al concebirlo como una forma de poder disciplinario que responde a una historia de despojo de otros grupos o actores sociales y la imposición hegemónica de una institucionalidad históricamente construida:

> *La inspección de otro tiempo, discontinua y rápida, se ha trasformado en una observación regular que pone al enfermo*

> *en situación de examen casi perpetuo. Con dos consecuencias: en la jerarquía interna, el médico, elemento hasta ahora externo, comienza a adquirir preminencia sobre el personal religioso, y se empieza a confiársele un papel determinado pero subordinado en la técnica del examen. Aparece entonces la categoría del "enfermero". En cuanto al hospital mismo, que era ante todo un lugar de asistencia, va a convertirse en lugar de formación y de confrontación de los conocimientos: inversión de las relaciones de poder y constitución de un saber. El hospital bien "disciplinado" constituirá el lugar adecuado de la "disciplina" médica; ésta podrá entonces perder su carácter textual, y tomar sus referencias menos en la tradición de los autores decisivos que en un dominio de objetos perpetuamente ofrecidos al examen*[5].

De conformidad con lo expuesto por Foucault, el cuerpo de la mujer, al estar sometida al tratamiento médico, se convierte en un objeto de estudio, objeto del que se puede disponer, la mujer pierde su subjetividad y es objetivizada, al ser el objeto de trabajo del médico o de la médica, su valor es meramente instrumental, ya que por medio de este, el personal médico evidencia y concreta su conocimiento y, por ende, los hospitales están a su servicio. Así tiene el poder que da el conocimiento, convirtiéndose en espacios donde se ejerce el control de manera abierta y naturalizada.

Además, desaparece la relación existente entre las parteras y las mujeres, una forma de cercanía y complicidad al ser ambas mujeres. Con la práctica médica y la estancia hospitalaria, se impone el modelo patriarcal en un acto eminentemente femenino, se pierde la complicidad y se genera una relación de poder en la cual la distinción del médico o de la médica y la paciente ubica a los primeros con el conocimiento y la fuerza y, a la segunda, en una situación de absoluta vulnerabilidad, dependiendo del personal médico a quien no conoce y con quien no la liga ningún elemento que genere empatía. Es por ello que:

> *[…] los hospitales, de manera general todas las instancias de control individual, funcionan de doble modo: el de la división binaria y la marcación (loco-no loco; peligroso-inofensivo; normal-anormal); y el de la asignación coercitiva, de la distribución diferencial (quién es; dónde debe estar; por qué caracterizarlo, cómo reconocerlo; cómo ejercer sobre él, de manera individual, una vigilancia constante, etc.). De un lado, se "apesta" a los leprosos; se impone a los excluidos la táctica de las disciplinas individualizantes; y, de otra parte, la universalidad de los controles disciplinarios permite marcar quién es "leproso" y hacer jugar contra él los mecanismos dualistas de la exclusión. La división constante de lo normal y de lo anormal, a que todo individuo está sometido, prolonga hasta nosotros y aplicándolos a otros objetos distintos, la marcación binaria y el exilio del leproso; la existencia de todo un conjunto de técnicas y de instituciones que se atribuyen como tarea medir, controlar y corregir a los anormales, hace funcionar los dispositivos disciplinarios a que apelaba el miedo de la peste. Todos los mecanismos de poder que, todavía en la actualidad, se disponen en torno de lo anormal, para marcarlo, como para modificarlo, componen estas dos formas, de las que derivan de lejos*[6].

No obstante y, sobre todo en el último siglo, deben tenerse presentes, por otro lado, los grandes movimientos y las luchas sociales que han buscado el empoderamiento de las mujeres como sujeto de su propio devenir.

Estos movimientos han buscado romper con formas de discriminación y dominación de sociedades machistas / patriarcales y hacer de las mujeres sujetos responsables de su propia condición y situación social[7]. Estas

luchas han fructificado en la promulgación de nuevos instrumentos de derecho internacional, incorporándose al desarrollo de la doctrina de los derechos humanos, como son la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), adoptada en 1979, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (CONVENCIÓN DE BELÉN DO PARÁ), adoptada en 1994.

En estas dos convenciones, se regula el abordaje de la salud de las mujeres, no solo atendiendo a la especificidad que provoca el género, sino también a un hecho que es evidentemente femenino como es el de la maternidad, entendida esta como embarazo, parto y posparto, de esta forma, se visibilizan las imposiciones

Por tanto, en relación con la evolución que los derechos de las mujeres han tenido, hay un replanteamiento del abordaje de la maternidad y todo lo relacionado con ella, ya que los estudios de género han logrado determinar que lo señalado por Foucault respecto al poder disciplinario tiene plena vigencia aún hoy día, por cuanto existe una presión social y estatal de intervención médica y, a la vez, se genera una serie de reproches que buscan modificar las conductas consideradas inaceptables en el ámbito médico, así como generar una docilidad e imposición jerárquica del personal médico sobre las mujeres.

Producto del reconocimiento del poder hospitalario ejercido sobre las mujeres, la autora argentina Graciela Medina desarrolla las acciones que pueden configurar violencia obstétrica, las cuales pueden ser físicas o psíquicas:

> *[...] Violencia obstétrica física. Se configura cuando se realizan a la mujer prácticas invasivas y suministro de medicación que no estén justificados por el estado de salud de la parturienta o de la persona por nacer, o cuando no se respetan los tiempos ni las posibilidades del parto biológico.*
>
> *[...] Violencia obstétrica psíquica.*
> *• Incluye el trato deshumanizado, grosero, discriminación, humillación, cuando la mujer va a pedir asesoramiento, o requiere atención, o en el transcurso de una práctica, obstétrica.*
> *• Comprende también la omisión de información sobre la evolución de su parto, el estado de su hijo o hija y, en general, a que se le haga partícipe de las diferentes actuaciones de los profesionales.*
>
> *[...] Las omisiones configurativas de violencia obstétricas.*
>
> Falta de anestesia en los legrados.
> *Una de las conductas omisivas más frecuentes en violencia obstétrica está constituida por la omisión de anestesia cuando se realiza un legrado ante la sospecha de un aborto auto provocado.*
>
> *Omisión de información sobre las distintas intervenciones médicas que pudieren tener lugar durante esos procesos de manera que pueda optar libremente cuando existieren diferentes alternativas.*
>
> *Omisión de intimidad. Cabe recordar que la ley de parto humanizado garantiza la intimidad durante todo el proceso asistencial, la que lógicamente debe ser prestada dentro de los medios con los que se cuenten.*
>
> *Omisión de consideración de las pautas culturales*[8].

Se comprueba lo señalado por Medina con una simple visión generalizada de la sociedad, ya que gran parte de la población que acude a los hospitales públicos pertenece a los sectores pobres en marginación no solo económica, sino también educativa, lo cual les impide tener conocimiento claro de sus derechos o de las formas para exigirlos.

Es así como se aúna la condición socioeconómica y educativa al género y al conocimiento como factores que coadyuvan en la imposición de lo que Foucault llamó el "biopoder". Se trata, siguiendo a este autor, que el "biopoder" es un mecanismo de poder aplicado por los estados capitalistas modernos para controlar a las multitudes. Ahora el control no se ejerce por un soberano individual con poder para matar a sus súbditos, sino por otras formas más sutiles de coerción.

Desde esta perspectiva, es claro que las actuaciones médicas y, sobre todo, las relacionadas con las mujeres en el marco de lo que hemos denominado violencia obstétrica evidencian la existencia de esta forma particular de dominación, discriminación y exclusión social. Es una forma de ejercicio de poder ante el cual no solo es necesario dictar normas, sino también deconstruir las relaciones existentes entre médico(a) y "paciente", así como recuperar aquellas prácticas tradicionales que, dentro de un marco de seguridad sanitaria, le permitan a la paciente vivir esta etapa de sus vidas de una forma que excluya el trato deshumanizado, grosero, discriminatorio y humillante al que la mujer es sometida, sobre todo cuando evidencia desconocimiento de la práctica médica.

III. ACERCA DE LA LEGALIDAD INTERNACIONAL: SALUD Y VIOLENCIA OBSTÉTRICA HOY DÍA

A partir de la realidad social expuesta, resulta comprensible que hoy día son múltiples los instrumentos legales y marcos normativos que promueven y protegen la salud en general, así como los derechos de las mujeres, y se convierten en instrumentos normativos idóneos para enfrentar la violencia obstétrica. A continuación, solamente se hace una referencia general sobre estos instrumentos internacionales.

En su documento constitutivo, la Organización Mundial de la Salud ha definido la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente como la ausencia de la enfermedad. Es por ello que el derecho a la salud obliga a los Estados a generar condiciones donde las personas puedan vivir lo más saludablemente posible.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) define el derecho a la salud en el artículo 12 como el derecho que toda persona tiene al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Por lo tanto, los sistemas jurídicos de Latinoamérica reconocen el derecho a la salud, otorgándole estatus constitucional, aun cuando no esté regulado de manera clara y amplia. Un ejemplo de ello es Costa Rica, ya que este derecho solamente se menciona en nuestro país en el artículo 46 constitucional; pero no es desarrollado en forma clara y amplia, siendo necesaria la aplicación de la normativa convencional.

De acuerdo con el artículo 1 de la Convención de Belém do Pará, se entiende como violencia contra la mujer: "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado".

El artículo 8 de esta Convención les impone a los Estados obligaciones para erradicar todas las manifestaciones de violencia contra las mujeres, y el artículo 9 establece que se debe prestar especial atención cuando la mujer que es objeto de violencia se encuentra embarazada.

Por otra parte, los actos de violencia que se generan en contra de las mujeres es reconocida como una forma de discriminación que impide u obstaculiza el pleno goce de derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones que los hombres, debido a la posición de subordinación que las mujeres enfrentan.

Es así como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) establece en su artículo 12, la obligación de los Estados de adoptar las medidas

apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del acceso a servicios de atención médica, de manera que se garantice el acceso a servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto.

De acuerdo con los instrumentos legales citados, serán, entonces, actos de agresión constitutivos de violencia de género todas aquellas acciones o conductas que afecten física o emocionalmente a las mujeres durante la etapa de embarazo, parto y posparto y, por ende, son discriminatorias.

En concordancia con lo expuesto, el Comité contra la Tortura llama la atención a los Estados, sobre la forma de aplicación de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes al considerar que se les debe prestar especial atención a las situaciones donde las mujeres corren riesgo de sufrir torturas o malos tratos, "incluyen la privación de libertad, el tratamiento médico, particularmente en el caso de las decisiones relacionadas con la reproducción".

Esta llamada de atención se hace con fundamento en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CTT) que en el artículo 16 establece que los Estados se comprometerán a prohibir otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes y que no lleguen a ser torturas, cuando esos actos sean cometidos por una persona funcionaria pública u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal persona funcionaria o personal.

De igual forma, en su artículo 5, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), expresa que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. El respeto a la integridad personal implica que nadie puede ser lesionado o agredido físicamente, ni ser víctima de daños mentales o morales que le impidan conservar su estabilidad psicológica o emocional, de ahí que la violencia obstétrica esté íntimamente relacionada con la tutela fundamental de este derecho.

En su artículo 7, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) expresa que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer expresa en su artículo 4 que toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y que esos derechos comprenden, entre otros, el derecho a que se respeten su vida, su integridad física, psíquica y moral, el derecho a no ser sometida a torturas, etc.

Se denominan tratos crueles, inhumanos y degradantes todo tipo de abusos, sean físicos o mentales, cualquier tipo de inducción a la degradación o la obligación de cometer actos contrarios a las propias convicciones, moral o valores culturales. Nótese que la Convención Americana recoge lo dispuesto por la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Más específicamente, el derecho a la salud en general y a la salud reproductiva está garantizado por varios documentos internacionales de derechos humanos y, además, ha sido objeto de análisis y conceptualización en diversos foros internacionales de personas expertas o Estados.

Así, por ejemplo, la Plataforma de Acción de Beijing sostiene que el disfrute integral del derecho a la salud, por parte de la mujer, es esencial para su vida y su bienestar y para su capacidad de participar en todas las esferas de la vida pública y privada.

Este plan de acción es muy claro en indicar que son varios los factores que contribuyen a determinar la salud de la mujer, entre los que están los factores biológicos, el contexto social, político y económico en que se desarrolla. Señala de manera reiterada que la desigualdad afecta

de manera directa el desarrollo de las mujeres, impidiéndoles alcanzar el más alto nivel posible de salud. Esta desigualdad entre la mujer y el hombre o entre mujeres no se concentra en un único lugar, sino que se da en diferentes regiones geográficas, clases sociales y grupos raciales y étnicos.

Otro instrumento que contiene recomendaciones muy importantes respecto a este tema son las "16 Recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS) para un parto saludable", las cuales parten de una premisa fundamental y es que el nacimiento no es una enfermedad y, a partir de ahí, desarrolla las siguientes recomendaciones:

> *1.- Toda la comunidad debe ser informada sobre los diversos procedimientos que constituyen la atención del parto, a fin de que cada mujer pueda elegir el tipo de atención que prefiera. 2.- Debe fomentarse la capacitación de matronas profesionales. Esta profesión deberá encargarse de la atención durante los embarazos y partos normales, así como el puerperio. 3.- Debe darse a conocer entre el público servido por los hospitales información sobre las prácticas de los mismos en materia de partos (porcentajes de cesáreas, etc.). 4- Los países en los que la tasa de mortalidad peri-natal son las más bajas del mundo, tienen también las tasas de cesáreas inferiores a 10 por 100. No hay pues ninguna razón que justifique que existan, en ningún país, tasa de cesárea superior a ese número. 5- No existe nada objetivo que demuestre la necesidad de una cesárea en las mujeres que hayan sufrido anteriormente una cesárea segmentaria transversal. El parto por vías naturales en las mujeres con una cesárea anterior debería ser estimulado, cada vez que se disponga de una infraestructura quirúrgica en caso de urgencia. 6- No está demostrado que la monitorización fetal de rutina durante el parto tenga un efecto positive sobre el bebé o sobre la mamá. 7- El rasurado del pubis o administración de un enema (lavativa) antes del parto, no son necesarios en absoluto. 8- Las mujeres no deberían ser acostadas sobre la espalda (en posición obstétrica tradicional) durante el trabajo de parto. Se las debería estimular a caminar durante el trabajo de dilatación y a elegir la postura que deseen para el momento del parto/nacimiento. 9- La episiotomía (corte del periné) sistemática, no está justificada en absoluto. 10- El parto no debería ser provocado por comodidad y no debería provocarse artificialmente ningún parto que no lo requieran las indicaciones médicas precisas y justificadas. Ningún país deberá tener tasas, de provocación de partos, superiores a 10%. 11- Durante el desarrollo del parto, sería preciso evitar la administración sistemática de analgésicos o anestésicos que estén expresamente indicados para tratar o prevenir una complicación real. 12- La ruptura artificial de membranas no es indispensable antes de un estadio muy avanzado de parto. 13- El recién nacido debería estar siempre con su madre, siempre y cuando el estado de salud de los dos lo permita. Ningún examen justifica que se separe a un recién nacido sin problemas de salud de su madre. 14- La lactancia materna debe ser estimulada lo antes posible, antes incluso de que la madre abandone la sala de partos. 15- La evolución de la tecnología debería revestir un carácter multidisciplinario e incluir desde las personas que rodean y prestan sus cuidados y atención a la embarazada, hasta epidemiólogos, especialistas en ciencias sociales y autoridades sanitarias. Las mujeres deberían participar en la planificación de la utilización tecnológica, así como de la evaluación de sus resultados y de la difusión de estos. Estos resultados deberían ser comunicados a todos aquellos que tienen permiso de obtenerlos, así como las diversas colectividades que han participado en la elaboración de la búsqueda. 16- Los gobiernos deberían*

> *dotarse de los medios necesarios para la realización de encuestas colectivas que permitieran evaluar la tecnología obstétrica, y deberían establecer políticas muy claras y específicas sobre la introducción de la misma tecnología a los servicios de salud*[9].

En 1994, la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (CIPD), celebrada en el Cairo, definió la salud reproductiva como:

un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia.

Por su parte, el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada en nuestro país tutela el derecho a la vida y a la salud de la persona menor por medio de la reducción de la mortalidad infantil y, en particular, sobre la prestación de servicios sanitarios a la madre embarazada. El inciso d establece la obligatoriedad de: "d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres".

Como se puede observar con las anteriores referencias a manera de ejemplo, la normativa de carácter internacional sobre el tema es múltiple, abundante y, si se quiere, redundante. Pero las referencias directas a la violencia obstétrica son, en realidad, muy limitadas, surgiendo esta del reconocimiento de la violencia que las mujeres sufren durante la etapa de embarazo, parto y posparto, aun cuando también se ha incluido lo relativo a la menopausia y al aborto.

Por otra parte, en aplicación de las convenciones e instrumentos internacionales indicados, algunos países ya han desarrollado en su ordenamiento jurídico ordinario normas que tutelan el derecho de las mujeres a vivir esta etapa de sus vidas libres de violencia. Así, por ejemplo, en el año 2006, en Venezuela se aprueba la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, la cual establece en su artículo 51:

> Se considerarán actos constitutivos de violencia obstétrica los ejecutados por el personal de salud, consistentes en: 1. No atender oportuna y eficazmente las emergencias obstétricas. 2. Obligar a la mujer a parir en posición supina y con las piernas levantadas, existiendo los medios necesarios para la realización del parto vertical. 3. Obstaculizar el apego precoz del niño o niña con su madre, sin causa médica justificada, negándole la posibilidad de cargarlo o cargarla y amamantarlo o amamantarla inmediatamente al nacer. 4. Alterar el proceso natural del parto de bajo riesgo, mediante el uso de técnicas de aceleración, sin obtener el consentimiento voluntario, expreso e informado de la mujer. 5. Practicar el parto por vía de cesárea, existiendo condiciones para el parto natural, sin obtener el consentimiento voluntario, expreso e informado de la mujer.

Inspirados en esta disposición normativa venezolana, algunos estados de México, como Veracruz, Puebla y Oaxaca introdujeron el concepto en el 2008 y tipificaron penalmente la conducta, y en Argentina, en el 2009, se aprobó la Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, la cual define el concepto analizado de la siguiente forma:

> *e) Violencia obstétrica: aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, de conformidad con la Ley 25.929.*

Así, pues, de conformidad con lo expuesto hasta aquí, es posible afirmar que, en el ámbito del derecho internacional, la violencia obstétrica constituye también una violación a los derechos humanos, tanto como manifestación de la violencia de género contra las mujeres.

IV. ABORDAJE DE LA VIOLENCIA OBSTÉTRICA EN COSTA RICA

En nuestro país, la Constitución Política de 1949 no estipula en forma expresa el derecho fundamental a la salud. Existe una referencia en el artículo 46 constitucional que señala la "protección de la salud", pero esta se enfoca en relación con la defensa de las personas consumidoras, y no como una garantía del derecho fundamental a la salud. En este sentido, es pertinente recuperar el señalamiento que Sergio Mena García hace:

> *Es importante destacar que el proyecto de nueva Constitución presentado en 1948 por la Junta de Gobierno a la Asamblea Nacional Constituyente, en el Título V contiene claramente enunciado el derecho a la salud, pese a lo anterior y tal como se señaló, no quedó plasmado ampliamente en el texto vigente*[10].

Ante este vacío constitucional, con base en convenciones y tratados internacionales, la Sala Constitucional ha sido quien ha desarrollado el reconocimiento al derecho a la salud y ha dimensionado jurídicamente este derecho. Es un derecho a la salud que, en el medio costarricense, está profundamente ligado al ámbito hospitalario por medio de los servicios, hoy universalizados, que presta la Caja Costarricense del Seguro Social.

A modo de ejemplo, el siguiente voto de la Sala Constitucional merece ser transcrito debido a su importancia, a pesar de su extensión:

> *[…] V.- SOBRE EL DERECHO A LA SALUD Y A UN AMBIENTE SANO Y ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO. Esta Sala ha reconocido de forma reiterada que, como parte de las obligaciones primarias y fundamentales del Estado, está el deber de respetar, proteger y garantizar el derecho fundamental a la salud de sus habitantes (P. ej.: sentencias 1992-1915 de las 14:12 horas del 22 de julio de 1992, 2004-10039 de las 14:39 horas del 13 de setiembre del 2004 y 2008-001003 de las 14:56 horas del 23 de enero del 2008). Recientemente, con el fin de garantizar un nivel más elevado de protección, la Sala ha reconocido al derecho fundamental a la salud su carácter de derecho fundamental autónomo (Se puede citar, al efecto, la sentencia número 2011-02932 de las 15:47 horas de 22 de marzo de 2011. En este mismo sentido, sentencias número 2011-007768 de las 19:54 horas del 14 de junio del dos mil once y número 2011-008876 de las 15:01 horas del 5 de julio del 2011). Por otra parte, esta Sala también ha reconocido y garantizado un nivel elevado de protección al derecho fundamental a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Incluso, antes que se reformara el artículo 50 de la Constitución Política. Mediante Ley de reforma constitucional número 7412 del 3 de junio de 1994, se adicionaron dos párrafos al artículo 50 de la Constitución Política, a fin de reconocer expresamente el derecho fundamental de todo persona a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, así como el deber del Estado costarricense de garantizar, defender y preservar ese derecho. (En cuanto al contenido y alcances del referido derecho fundamental, véase la sentencia número 2006-17126 de las 15:05 horas del 28 de noviembre del 2006). Finalmente, debe reiterarse la indisoluble relación que se plantea entre la protección al medio ambiente y la efectiva garantía de los derechos fundamentales a la vida, a la salud y, en general, a la posibilidad del ser humano de desarrollar una existencia en concordancia con su dignidad intrínseca*

(Sentencia Nº 5691-98 de las 17:15 horas del 5 de agosto de 1998). El derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado otorga una protección especial a la biodiversidad y las aguas subterráneas, razón por la cual y en aplicación del principio precautorio en materia ambiental, las actividades económicas con impacto ambiental deben ser autorizadas cuando exista certeza científica de que ese impacto no implique un riesgo o amenaza de daño permanente e irreversible al ambiente. Es por esta razón que la administración debe realizar en los casos que así se amerite, la evaluación ambiental mediante los instrumentos que estime pertinentes, evaluación que debe ser compartida públicamente con la población afectada, para que luego de un análisis riguroso y detallado la administración emita de manera fundamentada la viabilidad ambiental correspondiente. La desatención e inobservancia de estos aspectos definidos normativa y jurisprudencialmente, deviene en la vulneración del referido derecho a un ambiente sano, por lo que las actuaciones administrativas así dispuestas resultan igualmente violatorias de este derecho fundamental (Ver, entre otras, sentencias de esta Sala números 5893-95, 5445-99, 2001-6503, 2003-6322, 2004-13414, 2006-7994, 2010-6922). Se concluye, de esta forma, que del Derecho de la Constitución se deriva, de forma incontestable, el poder-deber del Estado costarricense de procurar por la tutela efectiva y oportuna de la salud pública y del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, elevando el nivel de vida de la población […]. ***(Sala Constitucional, voto número 16937 del 07/12/2011).***

Si bien es cierto, en Costa Rica no existe una norma que regule en forma clara lo relativo a la violencia obstétrica, si existen algunos instrumentos legales que contienen elementos que tienden a la protección de la mujer durante las etapas indicadas. Asimismo, existe la ratificación de los convenios internacionales antes citados.

A nivel local, por ejemplo, la Ley General de Salud estipula en su artículo 12 que "toda madre gestante tiene derecho a los servicios de información materno-infantil, al control médico durante su embarazo; a la atención médica del parto y a recibir alimentos para completar su dieta, o la del niño, durante el período de lactancia".

El Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N.° 7739, establece que:

> *la persona menor de edad tiene el derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción. El Estado deberá garantizarle y protegerle este derecho, con políticas económicas y sociales que aseguren condiciones dignas para la gestación, el nacimiento y el desarrollo integral.*

Asimismo, existe un protocolo de actuación institucional, denominado Guía de atención integral a las mujeres, niños y niñas en el periodo prenatal, parto y postparto, el cual tiene como objetivo llegar a contar con un modelo holístico para su atención. Pero la realidad es que no ha existido una referencia y menos una regulación dirigida directamente en contra de la violencia obstétrica.

Ante esta histórica carencia normativa referida a la violencia obstétrica, cobra actualidad y vigencia social el voto emitido por la Sala Constitucional número 3354-2015 de las doce horas del seis de marzo de dos mil quince. Este voto señaló a la violencia obstétrica como una violencia de género y de violación de derechos humanos y reconoció que ninguna mujer debía ser lesionada o agredida físicamente, ni ser víctima de daños mentales o morales que le impidieran conservar su estabilidad psicológica o emocional. Igualmente dicha normativa tutela el derecho a la honra y al reconocimiento de la

dignidad de las mujeres que se encuentren en etapa de embarazo, parto o posparto.

Sin embargo, la decisión de la Sala Constitucional no implica cambios en el personal médico, sino en los procedimientos para proteger la dignidad de las mujeres cuando están ante cierto tipo de procedimientos que requieren respeto a su pudor. Este aspecto nos llevará a analizar este voto como un ejemplo claro de sentencia estructural, ya que, al acoger el recurso, la Sala no solo advierte que no se deberá recurrir nuevamente en los hechos denunciados, sino que las autoridades hospitalarias deberán tomar medidas preventivas que aseguren tal propósito.

Si bien, el marco fáctico no permitió una tutela más amplia, ya que estuvo referida al personal que no realiza funciones médicas, siempre y cuando no se afecte la prestación del servicio de salud, sí existe la necesidad de contar con la colaboración de personal masculino no médico.

Debido a la importancia que este voto tuvo en nuestro país, tanto en el ámbito legal como en el contexto social, se reproduce íntegro a continuación:

> *Exp: 15-001331-0007-CO Res. N° 015003354*
> *SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las doce horas y cero minutos del seis de marzo del dos mil quince.*
> *Recurso de amparo que se tramita en expediente número 15-001331-0007-CO, interpuesto por [Nombre 001], cédula de identidad [Valor 001], contra el HOSPITAL DE LAS MUJERES DR. ADOLFO CARIT EVA.-*
> *Resultando:*
> *1. - Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 15 horas del 30 de enero de 2015, la recurrente interpone recurso de amparo contra el Hospital de las Mujeres Dr. Adolfo Carit Eva, y manifiesta que el 16 de enero de 2015 se presentó al hospital recurrido para dar a luz a su cuarto hijo. Señala que el centro de salud accionado es exclusivo para la atención de las mujeres que están en proceso de parto. Sostiene que se sintió ultrajada tanto emocional como psicológicamente porque debió soportar no solo la presencia de estudiantes de medicina que aprenden sus especialidades sino además, la presencia de misceláneos y personal de cocina varones, que circulan por todos los salones en los que se encuentran las mujeres semi desnudas y sin ropa interior. Explica que estas personas miran a las mujeres e, incluso, podrían sacarles fotografías a sus partes íntimas, ya que se desplazan por todos los lugares y, en ocasiones, se quedan viendo con morbo, tal y como le sucedió con un misceláneo que estuvo mirando a las mujeres alrededor de 20 minutos. Agrega que cuando se presentaba un médico a examinar a las pacientes se les descubrían sus partes íntimas y siempre había presente un misceláneo o funcionario de cocina mirando. Considera que se pueden emitir directrices que sólo permitan la presencia de mujeres en las zonas descritas. Aduce que se sintió ofendida por la situación que vivió, pues, a su juicio, no se respeta la privacidad ni la intimidad de las mujeres.*
> *2. - Informa bajo juramento José Miguel Villalobos Brenes, en su condición de Director General del Hospital de las Mujeres Dr. Adolfo Carit Eva, que respeta el criterio de la recurrente, más no lo comparte, ya que las actuaciones descritas son ejecutadas por el personal médico, de enfermería, nutrición y del servicio de aseo. Por el contrario, estima que en la atención que se le brindó, se fue diligente con los derechos a la salud y a la vida, a la dignidad y a la intimidad que le asisten. No obstante, advierte que se tomarán las medidas necesarias y se considerarán las inquietudes de la recurrente para mejorar la atención médica y administrativas. Solicita se desestime el recurso planteado.*

3. - En los procedimientos seguidos se ha observado las prescripciones legales.

Redacta la Magistrada Campos Calvo; y, Considerando:

I. - Objeto del recurso: La recurrente alega que durante la atención de su parto que se le brindó en el Hospital de las Mujeres Dr. Adolfo Carit Eva, se sintió ofendida por la situación que vivió, pues, a su juicio, no se respeta la privacidad ni la intimidad de las mujeres, en tanto el personal masculino tiene acceso a todas las áreas del hospital.

II. - Sobre la violencia obstétrica. La pretensión de amparo con que se sustenta el presente recurso, tiene como base hechos que podrían derivar lesiones al derecho a la salud, cuya doctrina elaborada por la Sala señala que es el Estado el que no solo tiene la responsabilidad ineludible de velar para que la salud de cada una de las personas que componen la comunidad no sufra daños por parte de terceros, en relación con esos derechos, sino, que debe asumir la responsabilidad de lograr las condiciones sociales propias a fin de que cada persona pueda disfrutar de su salud: física y mental, etcétera, con lo cual se procura alcanzar la mejor calidad de vida de los individuos. En este sentido, la Sala reconoce, como parte del Derecho de la Constitución, lo que modernamente se ha denominado el derecho contra la "violencia obstétrica" como una forma de violencia de género y, en general, de violación a los derechos humanos. Como se ha señalado, aunque el concepto de violencia obstétrica es muy reciente, este hace referencia a un conjunto de prácticas que degrada, intimida y oprime a las mujeres y a las niñas en el ámbito de la atención en salud reproductiva y, de manera mucho más intensa, en el período del embarazo, parto y postparto. Ha sido establecido por el Instituto de Género, Derecho y Desarrollo (INSGENAR) de Argentina, así como por el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM), que entre los derechos habitualmente violados en la atención obstétrica, está el derecho a la integridad personal, que como se indica en el Artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), es el derecho que poseen todas las personas a que su integridad física, psíquica y moral sea respetada. El respeto a este derecho se refiere a que nadie debe ser lesionado o agredido físicamente, ni ser víctima de daños mentales o morales que le impidan conservar su estabilidad psicológica o emocional; igualmente dicha normativa tutela el derecho a la honra y al reconocimiento de la dignidad; por su parte, el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos al establecer que "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o su reputación [...]", lo que se ha interpretado como la violación institucional de salud a través de la exposición innecesaria del cuerpo de las mujeres, en especial de sus órganos genitales, en el parto, en la consulta ginecológica y en otras circunstancias, sin ofrecer a la mujer la posibilidad de decidir sobre su cuerpo. (Belli).

III. - Análisis del caso concreto. Aunque bajo la fe de juramento, el Director General del Hospital de las Mujeres Dr. Adolfo Carit Eva, ha informado a esta Sala sobre el tipo y las condiciones en que se brindó la atención médica que la recurrente requirió en la atención de su parto, cuya información han extraído del historial que consta en su expediente médico, y que refiere que no son exactos los hechos que se describen, pues esos no son los protocolos que se siguen en la atención de pacientes, lo cierto es esa posición no desmiente hechos como "la presencia de estudiantes de medicina que aprenden sus especialidades sino además,

la presencia de misceláneos y personal de cocina varones, que circulan por todos los salones en los que se encuentran las mujeres semi desnudas y sin ropa interior" ni tampoco se aseguró que no sea cierto que "cuando se presentaba un médico a examinar a las pacientes se les descubrían sus partes íntimas y siempre había presente un misceláneo o funcionario de cocina mirando", circunstancias que - evidentemente - hicieron sentir a la paciente ofendida por el irrespeto a su privacidad e intimidad. En este contexto, tomando en cuenta que la Sala Constitucional ha otorgado una amplia tutela a los derechos fundamentales relacionados con la salud, no solamente en cuanto al acceso a la atención médica, sino también en cuanto al deber del Estado y sus instituciones de asegurar la plena efectividad de ese derecho, así como la creación de condiciones que aseguren a todos la asistencia médica y servicios médicos de calidad, lo cierto es que, en el presente caso existen elementos de juicio suficientes que permiten a este Tribunal dictar un sentencia estimatoria, pues sí resulta evidente que la recurrente fue víctima de violencia obstétrica durante su estancia en el centro médico recurrido, lo cual justifica la intervención de este Tribunal conforme se ha señalado, a fin de que las autoridades médicas tomen y ajusten las medidas que correspondan con el firme propósito de eliminar los acusados vejámenes.

IV.- Las medidas que se adopten están referidas a dos aspectos: por una parte es el uso de biombos, u otros implementos que garanticen la privacidad de las usuarias y el otro aspecto se refiere a la presencia de personal masculino no médico en las salas de labor y parto, como es el personal de nutrición y servicio de aseo, el cual preferiblemente deberá ser femenino, siempre y cuando dicha medida no afecte la prestación del servicio de salud, por ejemplo en situaciones de carencia de personal femenino o cuando exista la necesidad de contar con la colaboración de personal masculino no médico. En el entendido que esta medida no implica el despido o sustitución de algún funcionario sino un equilibrio entre los bienes jurídicos en juego, a saber el decoro y la salud de las mujeres, y el derecho al trabajo del personal masculino hospitalario.

Por tanto:

Se declara parcialmente CON LUGAR el recurso en cuanto a la presencia de personal no médica, en los exámenes que se les efectúan a las mujeres que permanecen en las salas de labor y parto, a fin de no afectar el decoro y la dignidad de estas, lo cual no implica la sustitución del personal. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se previene a José Miguel Villalobos Brenes, en su condición de Director General del Hospital de las Mujeres Dr. Adolfo Carit Eva, o a quien ocupe su lugar, que no deberá incurrir nuevamente en los actos u omisiones que dan lugar a esta declaratoria; bajo advertencia de que, en caso de hacerlo, cometerá el delito previsto y penado por el artículo 71 de la misma Ley, por lo que su despacho deberá tomar las medidas preventivas que aseguren tal propósito. Se condena a la Caja Costarricense de Seguro Social al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de base a esta declaratoria los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. Notifíquese la presente resolución en forma personal a José Miguel Villalobos Brenes, en su condición de Director General del Hospital de las Mujeres Dr. Adolfo Carit Eva, o a quién ocupe el cargo. Tome nota la institución recurrida de lo indicado en el último considerando de esta resolución.

Gilbert Armijo S. Presidente
Fernando Cruz C.
Nancy Hernández L.

De conformidad con lo expuesto hasta aquí, es posible concluir que la violencia obstétrica constituye una violación a los derechos humanos, tanto como manifestación de la violencia de género contra las mujeres como desde el enfoque del derecho a la salud como un derecho humano. Sin embargo, la violencia obstétrica afecta otros derechos fundamentales igualmente importantes, como son: el derecho a la integridad personal, el derecho a la privacidad e intimidad, el derecho a la información, el derecho a no recibir tratos crueles, inhumanos y degradantes, el derecho a estar libre de discriminación,

Derecho a la integridad personal

Está tutelado en el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y es el derecho que todas las personas poseen a que su integridad física, psíquica y moral sea respetada. Busca evitar cualquier tipo de daño y, en relación con la violencia obstétrica, las conductas que podrían configurar una violación a estos derechos serían las prácticas invasivas, cuando son innecesarias como las cesáreas que no están médicamente indicadas y las ligaduras de trompas o esterilizaciones que se realizan sin contar con el consentimiento de la mujer.

Derecho a la privacidad e intimidad

Este derecho está contenido en el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), los cuales señalan que las personas tienen derecho al respeto de la honra y al reconocimiento de la dignidad, así como a la protección de los ataques a la honra y la reputación. Este artículo es concordante con el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el cual estipula que "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación […]". Este derecho se ve violado en las instituciones de salud a través de la exposición innecesaria del cuerpo de las mujeres, en especial de sus órganos genitales, en el parto, tal y como sucedió en el asunto resuelto por la Sala Constitucional de Costa Rica en el voto 3354-15.

Derecho a la información y a la toma de decisiones libres e informadas sobre su salud

Como el artículo 6 de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos lo especifica: "Toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica sólo habrá de llevarse a cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada […]".

La falta de información oportuna y accesible responde a un modelo tutelar patriarcal, en el cual la mujer no solo no necesita la información por cuanto debe confiar en el conocimiento científico que posee el médico, sino que además no le corresponde a ella tomar las decisiones sobre su cuerpo y, por ello, la información es innecesaria.

Sin embargo, desde un enfoque de derechos con perspectiva de género, esta posición es absolutamente inaceptable, ya que siendo la mujer sujeto de derecho, tiene un derecho incuestionable de tener la información suficiente, necesaria y accesible que le permita tomar una decisión informada.

Derecho a no recibir tratos crueles, inhumanos y degradantes

De acuerdo con el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), el artículo 7 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) y el artículo 16 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes los Estados deberán prohibir dichos tratos por parte de funcionarios público o personas en el ejercicio de funciones oficiales. Se consideran tratos crueles, inhumanos y degradantes todo tipo de abusos (físicos o mentales), cualquier

tipo de degradación, o la obligación de cometer actos contrarios a las propias convicciones morales o culturales. La situación en la que se detecta reiteradamente el maltrato hacia la mujer, por medio de agresión verbal o psicológica, es en el momento del parto. Estas agresiones se manifiestas a través de muestras de insensibilidad frente al dolor de la mujer, manteniendo silencio frente a sus preguntas, a través de la infantilización de la parturienta, los insultos y los comentarios humillantes [...][11].

Derecho a estar libre de discriminación

El artículo 11 de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (2005) establece que "ningún individuo o grupo debería ser sometido por ningún motivo, en violación de la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales, a discriminación o estigmatización alguna".

En relación con la atención en la salud, el artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDM, 1983) declara que los Estados deben "garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y período posterior al parto […] con el fin de asegurar las condiciones de igualdad entre hombres y mujeres en el acceso a servicios de atención médica".

Nótese que respecto a estos dos derechos, la no discriminación se da al brindar a la mujer los servicios médicos que necesite; pero brindados en un ambiente de respeto y dignidad. La particularidad de la atención médica requerida en atención al tipo especial de situación que representa el embarazo, parto y posparto impone una atención especializada que garantice no solo la atención médica necesaria, sino también que esta deba ser prestada en condiciones que garanticen la dignidad de la mujer como ser humano.

Al reconocer que la violencia obstétrica afecta los derechos antes mencionados y que esto no es un acto esporádico, sino que son parte de un actuar reiterado y habitual que evidencia un problema estructural del Estado, resulta necesario dictar sentencias –como se hizo en el caso costarricense– que tiendan a la erradicación de esos problemas, de ahí la necesidad de lo que en doctrina se llama sentencias estructurales.

El origen del término y de la figura se encuentra, probablemente, en los structural injuctions de la jurisprudencia estadounidense, que reporta, desde mediados del siglo pasado, casos en los que distintos jueces adoptaron medidas para conjurar situaciones graves y generalizadas que resultaban incompatibles con la Constitución.1 Se suele evocar el famoso caso de Brown vs. Board of Education, de 1954, en cuya sentencia, la Corte Suprema Federal declaró que la segregación racial las escuelas era contraria a la decimocuarta enmienda de la Constitución. Tal labor fiscalizadora de los tribunales ha sido relevante en la medida en que ha permitido reformar asuntos que se manifestaban en el interior de la sociedad como abiertamente injustos y para los que nunca había existido intención de cambio por parte de la clase política tradicional estadounidense. Los remedios estructurales apuntan, entonces, a reformar una institución del Estado para armonizarla con la Constitución ("The structural injunction is a court's remedial tool to reform an entire state institution in order to bring it into compliance with the Constitution")[12].

Si se observa la resolución comentada, se pueden ver rasgos similares a este tipo de sentencias. Sin embargo, al ser el primer caso conocido en la Sala Constitucional, el abordaje no fue todo lo contundente que se hubiera esperado y requerido. No obstante, como primer abordaje de tan compleja problemática, tiene el valor de ser la primera resolución constitucional que abiertamente identifica los hechos como configurativos de violencia obstétrica, la define y ordena tomar medidas a fin de evitar que se den casos como el denunciado, con la gran falencia de que no ahondó en el tratamiento médico

especializado y la relación imperante entre médico o médica y paciente.

CONCLUSIONES

La violencia obstétrica es una realidad que muchas mujeres deben enfrentar durante una de las etapas más vulnerables de sus vidas, a saber, el embarazo, parto y posparto.
El papel del Estado ha llevado a concentrar la atención de todo lo relacionado con la maternidad en el conocimiento y atención médica, predominantemente masculino, excluyéndose el conocimiento tradicional que usualmente las mujeres tenían.

Debido a lo anterior, la mujer es objetivada y se convierte en el objeto de conocimiento del médico o de la médica, quedando relegada su subjetividad y, por ende, sus derechos como persona se diluyen en la relación jerárquica que se desarrolla entre el médico o la médica y la paciente.

No obstante, con el desarrollo que los derechos de las mujeres han tenido, la atención durante el embarazo, parto y posparto es cuestionada desde una perspectiva de género, en la cual se reclama y exigen el respeto a la mujer como sujeto de derechos.

A partir de estas exigencias, se evidencia que, en la violencia sufrida por las mujeres en las etapas mencionadas, se violentan varios derechos, no solo la salud, ya que queda claro que el actuar médico sucede en el contexto de una relación objetivamente concebida como hombre-mujer/médico(a)-mujer/paciente, con lo cual se genera una relación de poder que violenta de diferentes formas –física y psicológica– y atenta contra varios derechos que han sido garantizados a las mujeres mediante distintos instrumentos internacionales.

Asimismo, ha quedado claro que varios países se han ocupado de regular lo relativo a la protección de las mujeres frente a este tipo de violencia, y Guatemala es el último país en presentar un proyecto de ley que pretende erradicar este tipo de actos.

Esta realidad y su desarrollo legal han sido objeto de abordaje por parte del Derecho Constitucional, el cual se ha encargado de visibilizar las situaciones de vulnerabilidad y los derechos violentados a fin de que se brinde la tutela estatal necesaria.

La tutela del Estado frente a la violación de derechos que sufren las mujeres no solo debe ir más allá del simple reconocimiento de la vulneración de estos, sino también debe ir dirigida a dictar una sentencia estructural que obligue a las autoridades involucradas a tomar las decisiones necesarias a fin de erradicar este tipo de actos.

BIBLIOGRAFÍA

Belli, Laura. "La violencia obstétrica: Otra forma de violación a los derechos humanos". (2013). En, *Revista Redbioética / UNESCO*, año 4, 1 (7): 25-34, enero - junio (ISSN 2077-9445). Recuperado de Internet el 29 de noviembre de 2017: http://www.unesco.org.uy/shs/red-bioetica/fileadmin/shs/redbioetica/Revista_7/Art2-BelliR7.pdf

Foucault, Michel. *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*. Recuperado de Internet el 29 de noviembre de 2017: www.fmmeducacion.com.ar/Bibliotecadigital/Foucault_VigilaryCastigar.pdf

Gallardo, Helio. (2006). *Siglo XXI: Producir un mundo.* San José, (Costa Rica): Editorial Arlekin.

Medina, Graciela. *Violencia obstétrica.* Recuperado en Internet el 22 de noviembre de 2017.

https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=http%3A%2F%2Fwww.gracielamedina.com%2Fassets%2FUploads%2Farticulo%2Fpdf%2FVIOLENCIAOBSTETRICA11.doc).

Mena García, Sergio. El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Sala Constitucional. Recuperado de Internet el 22 de noviembre de 2017: http://www.binasss.sa.cr/revistas/rjss/juridica10/02-ENSAYO1.htm

Osuna, Nestor. «La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales» Justicia constitucional y derechos fundamentales. (2015): Recuperado en Internet el 22 de noviembre de 2017 http://www.kas.de/wf/doc/kas_41796-1522-4-30.pdf?150622205823

Recuperado de Internet el 29 de noviembre de 2017: https://dulceducere.wordpress.com/articulos-y-recursos/doula-embarazo-parto-y-postparto/16-recomendaciones-de-la-oms-para-un-parto-saludable/

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes

Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP)

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

Convención sobre los Derechos del Niño

Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, Venezuela, (2006)

Ley Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, Argentina, (2009)

Ley General de Salud de Costa Rica. Ley N.° 5395

Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N.° 7739

Notas al final

1 Gallardo, Helio. (2006). Siglo XXI: Producir un mundo. San José (Costa Rica): Editorial Arlekin, p. 161.

2 Idem, p. 175.

3 Recuperado de Internet, el 29 de noviembre de 2017: http://www.nacion.com/el-pais/salud/cidh-cuestiona-al-pais-por-violencia-obstetrica/WZZ3X3WHKBBMFF22F6W2EAICYQ/story/

4 Belli, Laura. (2013). "La violencia obstétrica: Otra forma de violación a los derechos humanos". En, Revista Redbioética / UNESCO, año 4, 1 (7): 25-34, enero - junio (ISSN 2077-9445) pp. 25 a 34.

Recuperado de Internet el 29 de noviembre de 2017: http://www.unesco.org.uy/shs/red-bioetica/fileadmin/shs/redbioetica/Revista_7/Art2-BelliR7.pdf

5 Foucault, Michel. Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión. Recuperado de Internet el 29 de noviembre de 2017: www.fmmeducacion.com.ar/Bibliotecadigital/Foucault_VigilaryCastigar.pdf pp. 118 y 119.

6 Idem, pp. 118 y 119.

7 Helio Gallardo se refiere a este respecto, en el texto ya citado, p. 124:

Las raíces de un movimiento social están siempre en una o varias asimetrías que se constituyen como matrices de espacios de vulnerabilidad e identificaciones que convocan relaciones de dominación. Estas raíces pueden tener determinación económica, como la relación salarial, o libidinal-cultural, como el genitalismo patriarcal y mercantil o la sobrerrepresión sexual, o étnica, como las sujeciones y vejaciones contra los pueblos y naciones indígenas de América. También espirituales, como el conflicto entre ídolos de la muerte y Dios de la vida para los creyentes religiosos.

8 Recuperado de Internet el 29 de noviembre de 2017: https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=http%3A%2F%2Fwww.gracielamedina.com%2Fassets%2FUploads%2Farticulo%2Fpdf%2FVIOLENCIAOBSTETRICA11.doc).

9 Recuperado de Internet el 29 de noviembre de 2017: https://dulceducere.wordpress.com/articulos-y-recursos/doula-embarazo-parto-y-postparto/16-recomendaciones-de-la-oms-para-un-parto-saludable/

10 Mena García, Sergio. ***El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Sala Constitucional***. Recuperado de Internet el 22 de noviembre de 2017: http://www.binasss.sa.cr/revistas/rjss/juridica10/02-ENSAYO1.htm)

11 Belli, Laura, op. cit., p. 32.

12 Osuna, Néstor. (2015). «La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales». Justicia constitucional y derechos fundamentales, p. 92.

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 125, págs 63-102 ISSN 2215-2385 / diciembre 2018

LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA, UNA VISIÓN JURÍDICA DE UN PROBLEMA PARADIGMÁTICO

*M.Sc. Álvaro Sagot Rodríguez **
alvarosagot@gmail.com

El ser humano puede ser el satán de la Tierra, él que fuera llamado a ser su ángel de la guarda y celoso cultivador, ha demostrado que, además de homicida y etnocida, puede transformarse también en biocida y geocida.

Leonardo Boff

Recibido 14 julio 2018 Aprobado 16 de agosto 2018

RESUMEN

El derecho ambiental moderno ha llegado a un punto donde a pesar de la normativa generada, no tenemos la efectividad deseada; aspecto que encuentra explicación en el momento de cambio de paradigmas que vivimos entre lo antropocéntrico y lo ecocéntrico, donde parece que estamos en un impasse en el cual el sistema perpetua situaciones irracionales. Por ello, se considera que con la implementación del reconocimiento de los derechos de la naturaleza, podríamos estar ante la ecologización del derecho que permita enfrentar los retos ambientales del siglo.

Palabras clave:

Derechos de la naturaleza, derechos de los ecosistemas, antropocéntrico, ecocéntrico

ABSTRACT

Despite the development of regulations, modern environmental law is lacking of effectiveness. That can be explained by the change of paradigms between anthropocentric and ecocentric approach, in which the existing impasse maintains irrational situations. Recognition of the rights of nature constitutes a possible tool to face environmental challenges of this century.

Keywords:

Anthropocentric , ecocentric, rights of nature,rights of ecosystem

---

* Abogado, máster en Derecho Ambiental por la Universidad del País Vasco y con una maestría en Desarrollo Sostenible de la Universidad de Costa Rica. Académico en la Universidad de Costa Rica en el curso de Derecho Ambiental en la carrera de Derecho y en la Maestría en Desarrollo Sostenible de ese centro de estudios. Profesor en la Maestría de Derecho Ambiental de la Universidad del País Vasco, España.

Introducción

Nuestra Constitución Política reconoce expresamente desde 1994, en su numeral 50[1], que todas las personas tenemos derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Debido a que no existe una alusión expresa a los novedosos derechos de la naturaleza[2] en el rango constitucional inicialmente, las dudas que saltan son las siguientes: ¿Podrían nuestros operadores de justicia, utilizando los métodos de hermenéutica jurídica, extraer del bloque de constitucionalidad y convencionalidad el reconocimiento de este nuevo tipo de derecho? Y por otro lado, ¿será indispensable que exista un texto normativo reconociendo los derechos de la naturaleza?

Estas interrogantes son válidas y son las que motivan, en gran parte, este artículo, más cuando vemos también que muchas leyes nacionales lamentablemente tienen una visión clásica y antropocéntrica, que ha llevado a los jueces y las juezas a cosificar y negar personalidad jurídica[3] a todo lo que no es humano.

Y es que parece que estamos atados a tener a la naturaleza y sus componentes en general, tales como las plantas y los animales y sus ecosistemas[4], solo como un objeto. Es decir, como algo vivo y necesario para los humanos indudablemente, pero a su vez, como bienes fungibles y sin derechos a su favor por sí mismos al ser entes inanimados[5] o sin raciocinio, siguiendo la antigua línea del derecho romano y la cartesiana[6].

Muchos juristas incluso señalan que reconocer derechos a entes que no son humanos, sean estos recursos bióticos, como felinos o primates o abióticos, como el agua, o a un cerro, por ejemplo, es incurrir en la sinrazón de una prosopopeya[7] jurídica.

Algunas personas exponen que otorgar personalidad jurídica a la naturaleza es algo muy alejado del mundo derecho, por ser situaciones demasiado abstractas que no deberían pasar más allá de temas para hablarse en una clase de filosofía o para escribir un artículo sobre un deber de conciencia ambiental, y por qué no también, para comentar en las clases de historia sobre los juicios que se siguieron en la Edad Media contra cerdos o ratas por destrozar cosechas.

Otras personas señalan que estos derechos no tienen nada de relevante o novedoso que obligue a modificar el ordenamiento jurídico, pues en Costa Rica se ha reconocido el derecho a un ambiente ecológicamente equilibrado desde el rango constitucional, y esto conlleva a proteger todas las formas de vida per se.

Pero si ahondamos en sus percepciones, podríamos encontrar que ellos tienen aún argumentos dentro de la visión antropocéntrica clásica, donde existe una supuesta protección ambiental, pero únicamente por razones utilitaristas de la naturaleza, es decir, si tuvieran que resolver un caso dentro del cual se confronte el derecho al trabajo en un proyecto, con el derecho de la naturaleza, se inclinarían por el tema laboral, sin siquiera sopesar y ni establecer medidas de mitigación para evitar las consecuencias ambientales futuras.

Incluso dentro de toda problemática, tenemos que ver que el concepto de biodiversidad[8] es sumamente amplio. Este incluye hasta bienes intangibles como el conocimiento asociado a las diversas formas de vida o las prácticas tradicionales. Estas situaciones llaman a confusión para circunscribir este novedoso derecho de la naturaleza; pero no deberían ser un freno para reconocerlo.

En todo caso, centrándonos principalmente en los animales, sean los domésticos o los de la vida silvestre, o los que son utilizados con fines comerciales, tengamos presente que todo ordenamiento determina genéricamente, a través de normas, las condiciones en que ciertas circunstancias constituirán a sus propios sujetos, y ello es el reflejo de un paradigma dominante. Y

claro, el hombre occidental ha predeterminado, a través de los siglos[9], que los humanos son lo primero y el centro de los derechos y, para esto, basta ver nuestro Código Civil que establece en el artículo 31[10] que únicamente las personas humanas, tienen personalidad jurídica[11].

Pero respecto a los animales, al menos en Costa Rica, podemos ver que aún ellos o sus ecosistemas no han sido contemplados como entes dignos de respeto, a diferencia de otros Estados que, con rango constitucional o legal, sí lo han hecho[12].

Por esto, modificar ese paradigma antropocéntrico, para otorgar derechos a la naturaleza, tales como el habeas corpus a una orangutana o a un oso[13] encerrados en un zoológico; o reconocer que un río o una región[14] tiene personalidad jurídica[15] no es algo simple imposible de admitirse por una mayoría y menos por un ordenamiento jurídico gestado por ideas cartesianas.

Para entender lo alambicado de lo anterior, Kuhm (1962) nos explica que un paradigma es:

> *Una sólida red de compromisos conceptuales, teóricos, instrumentales y metodológicos. El paradigma incluye un cuerpo implícito de creencias teóricas y metodológicas entretejidas que permiten la selección, evaluación y crítica, es la fuente de los métodos, y normas de solución aceptados por cualquier comunidad científica.*

Es decir, un cambio paradigmático implica algo más allá que cambiar de conciencia o sensibilidad ambiental, sino que conlleva a modificaciones de fondo para reelaborar el sistema.

Abonando a lo anterior, sobre el momento paradigmático donde vivimos, Boff señala (2002):

> *Hoy estamos entrando en un nuevo paradigma. Esto quiere decir que está emergiendo una nueva forma de comunicación dialogal con la totalidad de los seres y sus relaciones. Evidentemente sigue existiendo el paradigma clásico de la ciencias y sus famosos dualismos como la división del mundo entre material y espiritual, la separación entre naturaleza y cultura, entre ser humano y mundo, razón y emoción, femenino y masculino, Dios y mundo, la atomización de los saberes científicos. Pero a pesar de todo ello, debido a la crisis actual, se está desarrollando una sensibilización para con el planeta en cuanto totalidad. De ahí surgen nuevos valores, nuevos sueños, nuevos comportamientos, asumidos por un número cada vez más creciente de personas y comunidades. Es de esa sensibilización previa de donde nace, según T. Kuhn, un nuevo paradigma. Aún está en período de gestación. No ha nacido totalmente. Pero está dando las primeras señales de existencia. Comienza ya una nueva relación de diálogo con el universo.*

Las resistencias de muchos jurisconsultos para admitir, así como introyectar lo revolucionario del cambio y las implicaciones que conllevan reconocer derechos de la naturaleza es algo que podemos entender. Esto es lo esperable, puesto que estamos en una fase de modificación a las estructuras de la realidad, donde las modernas tendencias del derecho ambiental elaborado hasta el momento han comenzado a enfrentarse de forma cada vez más fuerte a un modelo de desarrollo antropocéntrico, al que no le conviene hacer concesiones en la línea de otorgar derechos, a lo que por siglos, han sido objetos y simples bienes de consumo.

El nuevo derecho ambiental, donde se incluye otorgar derechos a la naturaleza, debe cambiar mucho la esencia de los fines prefijados. Para ello deberán redactarse nuevas normas, así como contemplarse nuevos principios[16].

Peña (2018) nos señala que el derecho ambiental y el derecho de la naturaleza deben ser vistos en sumatoria, y esto es algo que no debería

perderse de vista, pues no se trata de considerar a los derechos de la naturaleza, como una etapa posterior al derecho ambiental, dado que el uno, no contempla todas las áreas del otro.

No se trata en todo caso de volver al lejano pasado romántico de hace mil años, con inmensos bosques y cientos de especies por doquier, pues ello es imposible, pero sí de entender que debemos entrar a una era de inflexión, considerada por Boff (2002) como una donde exista una relación de interdependencia, religación y autonomía relativa[17] entre especies. Para ello, debemos ser inclusivos y reelaborar el derecho, donde incluso la jerarquía de las fuentes clásicas vistas en la pirámide de Kelsen debe cambiar, como Peña lo ha expuesto (2013)[18].

Para insistir en estos puntos, debemos ahondar un poco más en lo profundo del tema del cambio de paradigmas, recordando que, a inicios del siglo veinte, el padre del psicoanálisis, Freud[19] (2005) describió que, como humanidad, hemos tenido tres heridas narcisistas a lo largo de la historia.

Freud señaló que sufrimos la primera herida cuando por culpa de Copérnico supimos que la Tierra no era el centro del universo; la segunda nos llegó por investigaciones biológicas darwinianas, cuando nos enteramos de que el hombre no fue la creación divina, como se relataba en el Génesis, sino que éramos producto de la evolución, y la tercera afrenta fue cuando el psicoanálisis desarrolló la idea de que tenemos un caótico mundillo interior inconsciente que domina al yo racional.

Ahora, luego de repensarse el contenido del más reciente derecho ambiental y los progresistas criterios éticos envueltos que nos obligan a proteger a la biodiversidad y sus ecosistemas hasta por razones de sobrevivencia de todas las especies, se considera que existe una cuarta herida, la cual deviene de una idea muy antigua entre pueblos originarios, pero que se había perdido en la modernidad y la posmodernidad del mundo occidental y que es la que señala que el humano no es el centro de la creación y que todo no está puesto y dispuesto para nuestro disfrute, sino que solo somos parte de un gran ecosistema.

Y es que comenzar a comprender esta situación ha sido un fuerte trauma para muchos, ya que como se ha expuesto, desde hace siglos habíamos interiorizado el constructo social, suponiendo que somos la especie superior, la dominante y la que puede disponer de forma absoluta del todo.

Por lo anterior, se entiende que si el mismo derecho está diseñado y redactado para tener que pensar que lo más importante en el planeta es la humanidad, esto debería cambiar, dado que esa visión es reconocidamente antropocéntrica, así como economicista y transgrede toda lógica, proporcionalidad y razonabilidad en un mundo que enfrenta extinción acelerada de especies o daños ambientales irreversibles.

Precisamente sobre estos puntos pretendemos exponer algunas ideas básicas con abordaje desde lo doctrinario y lo jurídico, respecto a los derechos que la naturaleza podría tener en nuestro Estado, los cuales nos ayuden a avanzar en el cambio paradigmal, hacia un mundo de pensamiento ecocéntrico.

Hemos dividido este artículo en tres secciones: en la primera desarrollaremos las ideas sobre las cosas y los humanos; en la segunda, abordaremos el tema internacional de los derechos de la naturaleza. Y en la tercera, se ahondará en lo que nuestra Constitución Política señala y lo que se aprecia en algunos votos referenciales al tema.

I De las cosas y los humanos

El Diccionario de la lengua española (1988) define la palabra cosa en su acepción para el derecho como:

> *En contraposición a persona o sujeto, objeto de las relaciones jurídicas.*

Por su parte, las cosas son definidas por el argentino Cavanellas (1989) de varias formas en su obra Diccionario de derecho usual de la siguiente manera:

> *[…] cosa es cuando no es Dios o el Creador Supremo de "todas las cosas"[…] cosa se contrapone a persona […] en la esfera de lo jurídico; expresa lo material (una casa, una finca o el dinero) […] se distingue entre lo que no ha sido objeto de posesión, o apropiación por el hombre y lo que figura ya en su patrimonio, o en su mera tenencia, aquello constituye cosa; esto, bien, pues en uno y otro sentido lo es para el hombre, por útil, grato o necesario […].*

En el Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales (1982), Ossorio explica que una cosa es […] todo objeto material susceptible de tener un valor […].

Como se aprecia, en términos muy generales, lo que no es persona o humano es cosa simplemente y, por ello, está en el mundo del comercio.

Y es que esas ideas no son nuevas, sino que, como señalamos, desde épocas clásicas y primigenias del derecho romano, todo se movía en torno a los ciudadanos romanos y mucho del resto del mundo eran simplemente cosas, así como hombres inferiores[20].

El concepto de personalidad jurídica está aparejado al término "cosa". En su libro llamado Sinopsis de derecho romano, definiéndonos la personalidad jurídica de las personas que existían en la antigua Roma, Oderigo (1973) explica:

> *Personalidad jurídica es la aptitud que la ley confiere a una persona para adquirir derechos y contraer obligaciones. En Roma, la personalidad jurídica no era concedida a los esclavos, pues no se les consideraba personas, sino cosas […].*

Oderigo señala incluso que no era cualquier romano quien podría tener esa personalidad jurídica, sino que además:

> *La existencia de las personas físicas comenzaba con el nacimiento, siendo necesario que nazcan vivas y con formas humanas […].*

Debido a que nuestro actual sistema jurídico viene de esos inicios, se entenderán las definiciones que manejamos respecto a las cosas y también por qué tenemos esas miradas a todo lo que no es humano. Si bien, por la progresividad, la dignidad y los derechos humanos, nos hemos alejado de la esclavitud, la verdad es que las diferentes formas de vida siguen teniendo rostro de cosa en la psique o el inconsciente de la mayoría de los humanos y así persiste incluso en algunas normas vigentes hasta nuestros días.

En el ámbito costarricense, a principio del siglo pasado, el tratadista Alberto Brenes Córdoba (1981) indicaba en su Tratado de los bienes que:

> *[…] la palabra cosa es una de las más comprensivas del idioma. Significa todo lo que existe física o moralmente, excepto los seres racionales. Pero en derecho se usa en sentido menos general: llámese así a lo que es susceptible de apropiación y traspaso por cualquiera de los medios que la ley tiene establecidos […].*

Como se consagra, se ratifica que salvo los seres humanos, los otros seres vivientes en la naturaleza, sean aves, animales de la vida silvestre, sean acuáticos o terrestres etc. son cosas, las cuales pueden ser en principio, objeto de propiedad personal o del Estado, pero son cosas u objetos materiales carentes en sí mismos de derechos al fin de cuentas, pues pertenecen a alguien o a la colectividad y, con ese dominio o poder de disposición, se llega a extremos de no considerar a los animales como seres sintientes, salvo en el caso de los animales domésticos, de lo que hablaremos abajo.

También, en la línea anterior, podríamos ver que una montaña o una extensión de tierra es una "cosa", dado que se vincula simplemente a una finca, fundo o inmueble que podría traspasarse a otro humano o a una sociedad o al Estado, si es el caso.

Esta idea de cosificar y dominar sobre la naturaleza es un mito[21] ideologizante arraigado. Ese mito es tan antiguo que, incluso en el Génesis[22], se señaló:

> *1.26. Entonces dijo Dios: hagamos al hombre a nuestra imagen, conforme a nuestra semejanza, y tenga dominio sobre los peces del mar, las aves del cielo, el ganado y en toda la Tierra y sobre todo animal que se desplaza sobre la Tierra. 27. Creó, pues, Dios al hombre a su imagen; a imagen de Dios lo creó; hombre y mujer los creó. 28. Dios los bendijo y les dijo: sed fecundos y multiplicaos. Llenad la Tierra; sojuzgadla y tened dominio sobre los peces del mar, las aves del cielo y todo los animales que se desplazan sobre la Tierra […].*

Del anterior texto, se podría llegar a comprender incluso por qué el legislador y los doctrinarios han tenido a los seres vivos y la Tierra, en general, como algo totalmente independiente y diferente a los humanos. Por decirlo de otra forma, se podría expresar que, desde los orígenes bíblicos, la naturaleza de la que parece que los humanos muchas veces no somos parte está conformada por bienes o cosas sobre las que se puede disponer, y esta concepción evidentemente es antropocéntrica.

Ese mito bíblico ha calado y se ha justificado en la realidad, pues está previsto en normas, que, a su vez, llegan y se posicionan en el inconsciente colectivo definitivamente y se toman como algo normal dentro de una sociedad. Aftalión y Villanova (1992) señalan sobre el primer libro del Antiguo testamento: "También el mito del Génesis contiene una ideología al servicio de una estructura social determinada […]".

Es claro que la dualidad del paradigma entre hombre dominante y naturaleza dominada ha servido estructuralmente para justificar el sistema hasta nuestros días de manera fuerte.

Y aunque San Francisco de Asís[23] pensó en los animales y el planeta de forma diferente, no fue suficiente para que la Iglesia católica cambiara el enfoque utilitario de la naturaleza desde siglos atrás, puesto que aún se nos siguió viendo a los humanos como los dueños del todo y sin la responsabilidad de comportarnos como buenos padres y madres de familia.

No es justo que callemos que también el papa Francisco ha tratado de dar una nueva visión planetaria integral cuando señala en su LAUDATO SI, sobre el cuidado de la Casa Común:

> *[…] el cuidado de los ecosistemas supone una mirada que vaya más allá de lo inmediato, reservación. Pero el costo de los daños que se ocasionan por el descuido egoísta es muchísimo más alto que el beneficio económico que se pueda obtener. En el caso de la pérdida o el daño grave de algunas especies, estamos hablando de valores que exceden todo cálculo […] porque todas las criaturas están conectadas, cada una debe ser valorada con afecto y admiración, y todos los seres nos necesitamos unos a otros".*

Es importante también cuando se señala: "El ambiente humano y el ambiente natural se degradan juntos, y no podremos afrontar adecuadamente la degradación ambiental si no prestamos atención a causas que tienen que ver con la degradación humana y social […]".

Estas nuevas ideas desde la Iglesia católica son valiosas, y se espera que contribuyan al cambio paradigmal, pero aún falta mucho.

Volviendo al tema jurídico, recordemos que nuestro Código Civil, Ley N.° 63 del 28 de septiembre de 1887, tiene un capítulo que se

llama De la caza y la pesca. Se señala ahí, incluso, a pesar de la prohibición actual de la cacería[24], lo siguiente:

> *Artículo 488.- Por la caza o la pesca se adquiere el dominio de los animales fieros o salvajes, reputándose tales aun los domesticados que han perdido la costumbre de volver a la casa de su dueño. Las abejas no pueden ocuparse mientras el dueño persiga el enjambre, llevándolo a la vista. Artículo 494.- Los animales feroces que escapen del encierro en que los tengan sus dueños, podrán ser destruidos por cualquiera, y podrán ser ocupados desde que el dueño deje de perseguirlos. Artículo 495.- Los animales domésticos están sujetos a dominio, que se adquiere y trasmite en la misma forma que las demás cosas.*

En normas, un tanto más recientes, tenemos que, por ejemplo, en la Ley de Conservación de la Vida Silvestre[25], se disponen aspectos importantes sobre la biodiversidad. En el artículo 3, expresamente se declara de dominio público la fauna silvestre y se agrega que esta: […] constituye un recurso natural renovable, el cual forma parte del patrimonio nacional […].

Es decir, si bien existe una protección especial al ser la fauna propiedad del Estado, se reconoce que esta es un "recurso natural renovable" y entonces, por ello, aunque se da cierta protección, se continúa manteniendo la idea pétrea de cosa y se parte hasta de un supuesto errado y genérico de que todas las formas de fauna silvestres son inagotables: no se llegan a extinguir.

Obsérvese que se dispuso expresamente que toda especie silvestre tiene la condición de renovable, ya sea que seguirán existiendo otros individuos más y, con ello, se desconoce, por ley, la posibilidad de brindar verdaderos derechos a seres que también son sintientes.

Se sabe que los primates no solo tienen forma antropomórfica, sino también son seres que viven en comunidades y se comunican por sonidos que aún no los hemos podido traducir. Pero ello no quiere decir que se pueda afirmar que no sea un lenguaje, o por otro lado, también los delfines o felinos muestran comportamientos que podrían estar identificados con actos dotados de inteligencia que responden no solo a impulsos de instinto, sino a verdaderos comportamientos de solidaridad, trabajos en grupo y algo más.

El problema que notamos es, que al mantener esas concepciones de "recursos renovables" para referirse a la biodiversidad dentro del ordenamiento jurídico, por más insignificantes o intrascendentes que parezcan, hacen que la esencia cosificante se perpetúe y, si ello no se comprende, es un claro ejemplo de que se tiene una visión antropocéntrica. Así, como se aprecia, el vuelco que debe darse en la normativa es significativo y, en aspectos medulares, nunca han sido cuestionados hasta entonces.

Sobre la flora silvestre, extrañamente el legislador ya no la consideró como un bien demanial, sino que dispuso que existía simplemente un interés público en su protección.

Respecto a los peces y mamíferos marinos, se estableció, en esa misma Ley de Conservación de la Vida Silvestre, que existía una diferenciación entre especies de interés pesquero y acuícola que quedaban a cargo del Instituto Costarricense de Pesca y Acuicultura y, por su parte, lo que no es de interés pesquero, van a corresponder su vigilancia y protección al Sistema Nacional de Áreas de Conservación.

El punto es que nunca se señaló cuáles eran especies de interés pesquero y acuícola y cuáles no, situación un tanto compleja[26], pues por los tipos de arte de pesca existentes, siempre existe pesca incidental que arrasa tanto a especies de interés pesquero, como a las que no dentro de las redes echadas al mar y, aunque la Sala Constitucional ordenó hacer la lista, nada o poco ha mejorado la situación y, por ello, aún se atrapan tortugas y delfines por parte de la flota pesquera.

El punto, como se aprecia, es de mucha polémica, pero sin entrar a discutir la situación de alimentación de los humanos y los derechos al trabajo y a la subsistencia de pescadores, es claro que la vida marina también sigue siendo cosificada.

Encontramos eso sí una norma de rango legal sumamente interesante que consta en la Ley de la Biodiversidad[27], la cual dispone:

> *Artículo 9.- Principios Generales: "Constituyen principios generales para los efectos de la aplicación de esta ley, entre otros, los siguientes: 1.- Respeto a la vida en todas sus formas. Todos los seres vivos tienen derecho a la vida, independientemente del valor económico, actual o potencial […].*

Pero lo anterior, aunque parezca sumamente diferenciador y un antes y un después establecido en 1998 con esa norma, creemos que, en tanto, se entienda que la vida en todas sus formas es un "recurso" del Estado, con valor económico actual o potencial, nos mantiene el recuerdo vivo y la identificación jurídica con una cosa y que estamos ante bienes fungibles cuando hablamos al menos de mamíferos, descartando que puedan ser entes individualizados y con derechos per se, como seres sintientes que son.

De hecho, la misma Convención de la Diversidad Biológica[28] en su artículo tercero sigue recordándonos que las diferentes formas de vida son cosas, al disponer:

> *Artículo 3. Principio. De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental […].*

También la misma Ley de la Biodiversidad define el concepto de recurso natural en el ordinal 7, inciso 28: "Todo elemento de naturaleza biótica o abiótica que se explote, sea o no mercantil".

Es decir, los recursos naturales son propiedad del Estado, quien tendrá derecho de "explotarlos" a su mejor conveniencia, sea en forma mercantil o no. Por tanto, se avanza y, a su vez, seguimos aferrados al paradigma antropocéntrico, pues el solo verbo "explotar" es indicador de utilitarismo de esas "cosas", y también se desprende ello que dichas cosas son objetos y podrían existir a granel.

No podíamos terminar este aparte sin mencionar que existe, de acuerdo con nuestra normativa, una diferencia entre animales domésticos y los silvestres, así como con los de vocación, o de uso comercial.

La Ley de Bienestar Animal[29] señala un cambio en cuanto a la ética y la protección de los animales que hemos llamado domésticos.

El artículo primero de ese cuerpo normativo señala:

> *Valores. La familia y las instituciones educativas fomentarán, en niños y jóvenes, los valores que sustentan esta Ley. De manera particular se enfatizará en los siguientes: a) La conciencia de que los actos crueles y de maltrato contra los animales lesionan la dignidad humana. b) El fomento del respeto por todos los seres vivos. c) La conciencia de que la compasión por los animales que sufren dignifica al ser humano […].*

Esta norma les establece a los animales domésticos personalidad jurídica al obligar a darles condiciones básicas a la hora de la convivencia con los humanos. Por ley, se indica que los humanos debemos brindar cuidados para evitar que los animales padezcan de hambre o sed, para que tengan derecho a la eutanasia y evitación de dolores innecesarios y cuidados para evitarles enfermedades.

Sobre los animales de vida silvestre, en esta moderna normativa, se señala que estos deberán:

"[…] gozar, en su medio, de una vida libre y tener la posibilidad de reproducirse […]".

Este último aspecto presenta evidentemente confrontación como nuestro Código Civil lo ha señalado claramente. Recordemos en, todo caso que, en nuestro sistema, no existe la abrogación y menos operará en un ordenamiento jurídico con vocación y visión cartesiana, asunto que es una prueba de un ordenamiento jurídico que se resiste al cambio.

Sobre el trato de los animales llamados como "productivos", se dispone en el artículo 5 de la Ley de Bienestar Animal:

> *El propietario o el poseedor de animales productivos deberá velar porque vivan, crezcan y se desarrollen en un ambiente apropiado. Cuando el hombre modifique el ambiente, además de procurar la productividad, deberá tomar en cuenta el bienestar y las condiciones apropiadas de vida de estos animales. Asimismo, deberá cuidar que los animales productivos que se destinen al consumo humano sean transportados en condiciones convenientes. Deberán sacrificarse con la tecnología adecuada, según la especie, para reducirles el dolor al mínimo.*

En la norma 7, se aborda el trato para los animales de compañía y se indica que se les debe dar un trato justo lleno de garantías como mantenerlos en espacios dignos y tenerles las medidas de seguridad necesarias para que convivan en la sociedad de los humanos.

Respecto a los animales en los zoológicos, se señala simplemente que se les deberá dar un trato adecuado a cada especie. Ese tratamiento adecuado constituye un concepto indeterminado que colabora en la cosificación.

Se establecen también medidas para la experimentación en animales, pero consideramos esto no nos parece digno hoy en día.

Esta normativa ha tratado de crear disposiciones importantes, pero aún persisten contradicciones en el sistema que no colaboran en cambiar las interpretaciones cosificantes de lo que muchos llaman actualmente seres sintientes.

Considero que este cuerpo normativo es la prueba fehaciente de que el tema de los derechos de la naturaleza trasciende una discusión ética o para tenerla en aulas universitarias y que, al igual que se consensuó para elaborarse, se deben cambiar normas y deben nacer otras más, para venir a consolidar este nuevo tipo de derechos. Cada vez se tendrán que esclarecer más los cientos de puntos ciegos que existen, donde la bioética tendrá una gran labor y tendrán que emitirse nuevas normas.

Respecto al habeas corpus, debemos señalar que es una vía prevista en la Constitución Política[30] en el artículo 48 y en Ley de la Jurisdicción Constitucional[31]. La figura procede ante situaciones de detenciones ilegales o violaciones a la libertad de tránsito. En la norma constitucional y en la Ley, se señala que es a favor de personas, pero conforme al derecho comparado y los casos que ya se han resuelto en diferentes Estados, creemos que, haciendo una interpretación progresiva y dinámica del derecho, los magistrados y las magistradas podrían disponer en el futuro que esta figura aplica también a personas no humanas que se encuentren en situaciones precarias en los zoológicos[32]. La norma 15 de la Ley expone:

> *Procede el hábeas corpus para garantizar la libertad e integridad personales, contra los actos u omisiones que provengan de una autoridad de cualquier orden, incluso judicial, contra las amenazas a esa libertad y las perturbaciones o restricciones que respecto de ella establezcan indebidamente las autoridades […].*

Debemos recordar que la figura del habeas corpus fue vital en la Inglaterra de finales del siglo XVIII, a petición de James Somerset que era

un esclavo africano que reclamaba la libertad a su propietario Charles Stewart.

Rememoremos que, al existir la esclavitud, para todos los efectos, algunas personas eran una cosa, pero en 1772, el juez Lord Mansfield liberó a Somerset y le dio la condición y derechos de una persona. Por lo anterior, hoy en día, un juez o una jueza también podría innovar en Costa Rica, rompiendo el paradigma antropocéntrico liberando a algún ser sintiente enjaulado.

Por último, tenemos que ver que no existe aún ninguna normativa expresa relativa a la protección de montañas o de ríos sagrados en Costa Rica, salvo algunas disposiciones tímidas en Ley de Patrimonio Arqueológico[33] y principios de derecho blando emanados en la Cumbre de Río + 20[34] u otras declaraciones.

La Ley de Patrimonio Arqueológico señala en su numeral 1:

> *Constituyen patrimonio nacional arqueológico, los muebles o inmuebles, producto de las culturas indígenas anteriores o contemporáneas al establecimiento de la cultura hispánica el territorio nacional,* ***así como los restos humanos, flora y fauna, relacionados con estas.*** (El resaltado no es del original).

En esa línea, tengamos presente que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo señala en su artículo 13:

> *1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.*

También se puede citar en apoyo para otorgar derechos a bienes de este tipo, lo dispuesto en la Declaración de Brasilia[35] que, en su principio 3, señala:

> *(a) Los derechos de los pueblos indígenas y tribales a los recursos hídricos y ecosistemas relacionados, así como sus relaciones tradicionales y costumbres con dichos recursos y ecosistemas, deberían ser respetados, y su consentimiento libre, previo e informado debería ser requerido respecto de cualquier actividad que pueda afectarlos. (b) En vista de la contribución que realizan los pueblos de e las montañas y de las partes altas de las cuencas a la conservación de las funciones hidrológicas y ecológicas, así como la integridad de los recursos hídricos y los ecosistemas relacionados en la totalidad de la cuenca, deberían desarrollarse e implementarse mecanismos adecuados para promover y facilitar su conservación por parte de dichas personas.*

Pero, como se expresó, aún no existen sitios declarados legalmente como sagrados[36] o dignos de respecto por los operadores de justicia para que ellos sean tomados como sujetos con personalidad jurídica, como sí ocurre en Colombia con el Río Atratoo una parte de la selva amazónica también colombiana; o como en el caso del Ganges o del Río Whanganui, venerado por la tribu maorí en Nueva Zelanda, el cual fuera declarado como sujeto con derechos por parte del Parlamento de ese Estado. Abordaremos estos últimos aspectos en la siguiente sección.

II. Derecho internacional ambiental y la evolución y la incorporación de los derechos de la naturaleza a los ordenamientos jurídicos

En la Declaratoria de Principios de Estocolmo de 1972, conocida como Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano que es un inicio a nivel mundial del derecho ambiental,

se establecen las primeras líneas importantes de parte de la Organización de la Naciones Unidas (ONU) sobre protección a la biodiversidad.

Y si bien es una solo declaratoria de derechos no vinculante perteneciente al soft law, ha sido trascendente como hoja de ruta en la formación de la política ambiental en diferentes estados.

Pero a pesar de su importancia, es claro hoy en día que apreciamos que los principios dejan entrever una visión antropocéntrica y utilitaria de la biodiversidad. En el considerando quinto de la Declaración, se señala: "[…] de cuanto existe en el mundo, los seres humanos son lo más valioso […]".

Por otro lado, se expone en el principio segundo:

> *Los recursos naturales de la Tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente las muestras representativas de los ecosistemas naturales,* ***deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras****,* mediante una cuidadosa planificación y ordenación [...]. *(El resaltado no es del original).*

Es decir, si se tiene como basamento que lo más importante para el planeta son los seres humanos y se diferencia a las personas del resto de otras formas de vida, no cabe duda de que la naturaleza era observada y cuantificada como un objeto necesario para nosotros; pero no como un ente con paridad de derechos o personalidad jurídica por ser simplemente recursos renovables.

En 1982, las Organización de las Naciones Unidas emiten la Carta Mundial de la Naturaleza que fue un instrumento de avanzada y establecía en su artículo primero lo siguiente:

Se respetará la naturaleza y no se perturbarán sus procesos esenciales.

Si bien siguió teniendo tintes donde los seres humanos aparecían como la especie dominante, reconoció que debían respetarse todas las especies y sus ecosistemas. En su principio cuatro, se exponía:

> *Los ecosistemas y los organismos, así como los recurso terrestres, marinos y atmosféricos que son utilizados por el hombre, se administrarán de manera tal de lograr y mantener su productividad óptima y continua sin por ello poner en peligro la integridad de los otros ecosistemas y especies que coexistan.*

Veinte años después de Estocolmo y 10 de la Carta de la Naturaleza, la ONU decide hacer otra cumbre, esta vez en Brasil, propiamente en Río de Janeiro, conocida como la Cumbre de la Tierra.

En ella, se esperaba hacer un recuento sobre los logros de los Estados en relación con la naturaleza y esta vez se incluiría el tema del desarrollo sostenible.

Pero al igual que en Estocolmo y las buenas ideas para tratar de manejar el planeta, tenemos que se regresó a la idea antropocéntrica en la esencia, y se aprecia lo anterior en el primer principio que señala:

> *Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva [..].*

Para el año 2000, con un corte mejorado y progresista claramente, se emite la Carta de la Tierra que inició como una idea también de la ONU; pero se desarrolló y finalizó como una iniciativa de la sociedad civil.

Precisamente, desde la sociedad civil, ese cambio final fue la que permitió con mayor libertad que se pudiera trascender Estocolmo y Río, pues los protocolos y la rigidez de ciertos Estados no fueron los que se impusieron, sino las intenciones y sentimientos desde las diferentes organizaciones no gubernamentales.

En esa lista de principios que emana de este instrumento también no vinculante, pero que ha sido guía de una nueva visión, se dispusieron aspectos como los siguientes:

> *La humanidad es parte de un vasto universo evolutivo. A la Tierra, nuestro hogar, le da vida una comunidad singular de vida. Las fuerzas de la naturaleza hacen que la existencia sea una aventura exigente e incierta, pero la Tierra ha brindado las condiciones esenciales para la evolución de la vida […] La protección de la vitalidad de la Tierra, de su diversidad y belleza es un deber sagrado.*

Años después, en el 2012, las Naciones Unidas convocan de nuevo a los jefes de Estado a Río de Janeiro, a la cumbre que se llamaría Río más 20. Con una nueva visión, se establecieron ya principios más solidarios, así como inclusivos con la biodiversidad y los ecosistemas, donde se dispuso por ejemplo:

> *39. Reconocemos que el planeta Tierra y sus ecosistemas son nuestro hogar y que "Madre Tierra" es una expresión común en muchos países y regiones, y observamos que algunos reconocen los derechos de la naturaleza en el contexto de la promoción del desarrollo sostenible… 40. Pedimos que se adopten enfoques globales e integrados del desarrollo sostenible que lleven a la humanidad a vivir en armonía con la naturaleza y conduzcan a la adopción de medidas para restablecer el estado y la integridad del ecosistema de la Tierra. 41. Reconocemos la diversidad natural y cultural del mundo […].*

Para el año 2016 la UICN, que es la red ambiental más grande a nivel mundial, compuesta por más de mil organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, de más de 160 países, acordó la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza acerca del Estado de derecho en materia ambiental.

Siguiendo una línea de respeto a todas las formas de vida dispuso en sus principios 1 y 2:

> *Principio 1 Obligación de protección de la naturaleza: Cada Estado, entidad pública o privada y los particulares tienen la obligación de cuidar y promover el bienestar de la naturaleza, independientemente de su valor para los seres humanos, al igual que de imponer limitaciones a su uso y explotación. Principio 2 Derecho a la Naturaleza y Derechos de la Naturaleza: Cada ser humano y otros seres vivos tienen derecho a la conservación, protección y restauración de la salud e integridad de los ecosistemas. La naturaleza posee un derecho intrínseco a existir, prosperar y evolucionar.*

Con lo anterior, se nota la tendencia a ver la naturaleza con otra visión.

Es interesante ver que los últimos cambios en el pensamiento mundial incluso han sensibilizado a Estados que han modificado sus normas y hasta su Constitución Política, tal y como se aprecia en la ley máxima de Ecuador que reconoció expresamente que la naturaleza tenía derechos. Esta nación sudamericana dispuso en el 2008:

> *Artículo 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos […].*

Por su parte, Bolivia ha hecho normas de rango tanto constitucional como legal, estableciendo el buen vivir o Sumak Kawsay, palabra quechua que significa una mejor calidad de vida y muerte digna, el amar y ser amado, el florecimiento saludable de todos en paz y armonía con la naturaleza.

En México, con una modificación importante y con visión animalista, se modificó la Ley de Protección

a los Animales del Distrito Federal[37]. Notamos, por ejemplo, que en su artículo 4, inciso 1, se define a los animales, sean domésticos o de vida silvestre, como seres sensibles. También se regula el maltrato de los animales y refiere a que todo acto que implique la muerte innecesaria o injustificada de un animal es un crimen contra la vida.

Como vemos, ha existido una progresividad importante desde el siglo pasado hasta este, pretendiendo una descosificación o un alejamiento de las ideas clásicas sobre los animales.

Cada vez se evoluciona más aceleradamente a una vida más inclusiva con lo no humano, dejando atrás al paradigma antropocéntrico, pero aún falta mucho, pues persiste el mito de la dualidad hombre dominante/animal dominado.

Se reconoce que si bien existe una manifiesta progresividad en las ideas y proyecciones del deber ser a lo internacional, aún el rompimiento con lo antropocéntrico no ha permeado suficientemente los Ordenamientos Jurídicos, al menos en el costarricense.

Incluso, se debe admitir que, a pesar de los cambios legales o constitucionales, no por ello los Estados mencionados han superado el atavismo social de cosificar y, por tanto, aún siguen repitiendo acciones y conductas no positivas a favor de la biodiversidad; pero esas transformaciones verán poco a poco frutos.

La plataforma para el cambio estará gestándose poco a poco si se utilizan en la resolución de los casos, la nueva hermenéutica y el espíritu que emana de las cumbres internacionales recientes. Pero el problema es que los operadores de justicia tanto administrativa, como judicial, han sido tímidos en innovar, y sus resoluciones siguen aferradas, en la mayoría de las veces, al paradigma antropocéntrico.

Muchas de las objeciones para hacer el cambio provienen del sector intelectual principalmente. Y esto se debe a que el cambio paradigmático no es un fenómeno fácil de asimilar como habíamos expresado, pues conlleva a la modificación de estructuras, métodos de abordaje, cambios de teorías, conflictos de intereses, entre otros aspectos, donde incluso las ciencias actuales no han elaborado aún, claramente, sus planteamientos y esto hace que la realidad próxima esté llena de expectativas, pero también de incertidumbre.

Dostoyevski (1985) en su obra *Crimen y castigo*, por ejemplo, se preguntaba, analizando los pensamientos de los humanos:

> *Me gustaría saber qué es lo que asusta más a las personas; yo creo que lo que especialmente las intimida es aquello que se aparta de sus costumbres […].*

Y es que descosificar asusta, pues obliga a cuestionar el sistema y los valores del todo que, por inveterada costumbre, han estado arraigados en los pensamientos de las personas.

Leff (1994) abona a lo anterior, al decirnos que

> *La cuestión ambiental es una problemática de carácter eminentemente social: ésta ha sido generada y está atravesada por un conjunto de procesos sociales. Sin embargo, las ciencias sociales no han transformado sus conceptos, métodos y paradigmas teóricos para abordar las relaciones entre los procesos sociales y los cambios ambientales emergentes*

Señala Bunge (1998), explicando por qué todo nos ata, incluso a las ciencias sociales, donde está el derecho:

> *La ciencia social tiene un compromiso ideológico, promueve los intereses materiales de alguna clase social dada*
> *Y por ello se observa que hay toda una tela de araña que tiene envuelta a la sociedad civil y ha creado falsas expectativas en*

> *conceptos irreconciliables, como lo es el crecimiento económico abusivo y la protección ambiental parcial y ello se debe a que los vocablos "desarrollo sostenible" se prestan para ser manoseado intelectual y científicamente, tal y como se sabe en la actualidad con los resultados de indicadores de sustentabilidad, como la huella ecológica, por ejemplo, o la capacidad de carga. Reafirmando lo anterior, Boff (2002) nos expone:*
>
> *[…] es necesario contextualizar epistemológicamente nuestro modo de acceder a la natural y social. Cada cultura organiza su modo de valorar, de interpretar, y de intervenir la naturaleza, en el habitad y en la historia […].*

Por ello, es tan difícil que, en el sistema tradicional, como el que tenemos en Costa Rica, podamos ver a los animales al menos, con otros ojos, dado que hemos vivido durante muchos siglos prefiriendo aceptarlos, como una cosa, que nos sirve desde una perspectiva utilitaria y económica, antes que como entes que tienen derechos en sí mismos y a los que les debemos respetar su integridad, aunque fuera solo a la especies mayores y a los ecosistemas como ríos o montes.

II.A. Reconocimientos de personalidad jurídica a sujetos no humanos en el derecho comparado.

Existen varios casos de reconocimientos de derechos de personalidad jurídica en el rango internacional que son hitos y que merecen resaltarse, pues son un ejemplo de cambios y esfuerzos provenientes de resoluciones judiciales o actos legislativos.

Como relevante, en los derechos de la naturaleza, podemos decir que ya en 1972, Christopher Stone publicó un artículo denominado ¿Deberían los árboles tener derechos?[38]. Asunto que ha trascendido fronteras, donde el autor abogaba por la idea de un reconocimiento de derechos no solo a los árboles, sino también a los bosques, los ríos y los mares.

Por su parte, el jurista argentino Zaffaroni (2012) señala:

> *[…] la incorporación de la naturaleza al derecho constitucional en carácter de sujeto de derechos abre un nuevo capítulo en la historia del derecho respecto del cual nuestra imaginación es pobre, porque nos movemos aún dentro del paradigma que niega derechos a todo lo que no es humano […].*

Lo anterior es una situación patente de que, aunque existen adelantos en las concepciones y la doctrina, aún estamos ante un panorama turbio.

En cuando al derecho de las personas no humanas, es saber relevante que se han emitido varios habeas corpus[39]. Entre ellos a favor de la chimpancé de nombre Suiza en el 2007 en Brasil; la orangutana Sandra en el 2014 y la chimpancé Cecilia en el 2016, ambas en Argentina, y un oso de antifaz llamado Chucho en 2017 en Colombia.

Respecto al caso brasileño, se señala que este fue el pionero a nivel mundial. Expone Federico de Baggis (2015):

> *En 2007, a partir del reclamo de una ONG brasileña, se logró que un juez de Bahía aceptara un hábeas corpus sobre la chimpancé llamada Suiza, que estaba recluida desde hacían 10 años en el zoológico de esa ciudad. El juez le otorgó la libertad, pero el día anterior al cumplimiento de la sentencia la chimpancé apareció muerta. Aparentemente a causa de un envenenamiento. El caso de Suiza es considerado un "leading case" en la jurisprudencia y doctrinas de todo el mundo. Fue el primer caso en la historia en el cual se hizo lugar a la interposición de un recurso de hábeas corpus para la*

protección de la vida e integridad de un sujeto no humano."

Sobre el caso de Sandra en Argentina, Macaya (2018) expone:

> *Por ejemplo, la Cámara de Casación Argentina admitió y reconoció un recurso de hábeas a favor de un orangután que se encontraba en un zoológico de Buenos Aires, considerando que "a partir de una interpretación jurídica dinámica y no estática menester era reconocer al animal el carácter de sujeto de derechos, pues los sujetos no humanos (animales) son titulares de derechos, por lo que se impone su protección en el ámbito competencial correspondiente.*

Federico de Baggis (2015), comentando este asunto, lo observa como un avance al romper, para Argentina, el paradigma de la cosificación de los sujetos no humanos, pero señala sobre la sentencia:

> *El fallo de Casación carece de una fundamentación jurídica exhaustiva; sólo hace mención a dos trabajos doctrinales del jurista Eugenio Raúl Zaffaroni, ex miembro de la Corte Suprema de la República Argentina, para justificar la aplicación de una "interpretación jurídica dinámica y no estática", por la cual reconoce al animal el carácter de sujeto de derechos […].*

Lamentablemente, no pudo ir al santuario de Sorocaba, en Brasil, por una tuberculosis adquirida en su confinamiento.

En el caso de la chimpancé Cecilia, también en Argentina, se dijo en la sentencia del expediente número P-72.254/15:

> *Clasificar a los animales como cosas no resulta un criterio acertado. La naturaleza intrínseca de las cosas es ser un objeto inanimado por contraposición a un ser viviente. La legislación civil sub-clasifica a los animales como semovientes otorgándoles la "única" y "destacada" característica de que esa "cosa" (semoviente) se mueve por sí misma […] Resulta innegable que los grandes simios, entre los que se encuentra el chimpancé, son seres sintientes por ello son sujetos de derechos no humanos. Tal categorización en nada desnaturaliza el concepto esgrimido por la doctrina. El chimpancé no es una cosa, no es un objeto del cual se puede disponer como se dispone de un automóvil o un inmueble. Los grandes simios son sujetos de derecho con capacidad de derecho e incapaces de hecho, en tanto, se encuentra ampliamente corroborado según la prueba producida en el presente caso, que los chimpancés alcanzan la capacidad intelectiva de un niño de 4 años […] en la presente, no se intenta igualar a los seres sintientes -animales- a los seres humanos como así tampoco se intenta elevar a la categoría de personas a todos los animales o flora y fauna existente, sino reconocer y afirmar que los primates son personas en tanto sujetos de derechos no humanos; y que en definitiva, aclarado y expuesto el criterio de este Tribunal el que ha quedado plasmado en la totalidad de los argumentos vertidos en la presente resolución, en tanto los grandes simios son sujetos no humanos de derecho […]*[40].

Por ello, es fundamental, para acoger estos casos, la condición de seres sintientes de los sujetos no humanos y tomar la condición del derecho como una ciencia social dinámica y cambiante.

Por el principio de progresividad, se puede llegar a tener claro que las situaciones podrían cambiar, aunque no existan normas expresas que otorguen derechos a la naturaleza dispuestos textualmente en Costa Rica.

En la sentencia colombiana número 17001-22-13-000-2017-00468-02, respecto al oso de antifaz

Chucho, se reconoce que no solo los primates tienen derechos y da énfasis a la condición de ser sintiente de un oso.

Lo expuesto puede ser significativo, dado que marca una línea donde al menos las especies mayores y no solo las que tienen forma antropomórfica podrían alcanzar un estatus de sujetos a los cuales se les pueda proteger por medio de habeas corpus.

Haciendo una diferenciación entre los sujetos sintientes humanos y no humanos, el juez señaló en ese caso colombiano:

> *Los otros seres sintientes también son sujetos de derechos indiscutiblemente. No se trata de darles derechos a los sujetos sintientes no humanos, iguales a los de los humanos equiparándolos en un todo, para creer que los toros, los loros, los perros o los árboles etc, tendrán sus propios tribunales, sus propias ferias y festividades, sus juegos olímpicos o sus universidades; ni que los otros componentes de la naturaleza deban ser titulares de las mismas prerrogativas o garantías de los humanos, sino de reconocerles los correspondientes, los justos y convenientes a su especie, rango, grupo. Se trata de insertar en la cadena viviente, una moralidad universal, un orden público ecológico global, otorgando el respeto que merecen ante el irracional despliegue del hombre actual para destruir nuestro habitad, por virtud de la interdependencia he interacción entre hombre y naturaleza.*
> *En este fallo, se destacan varios derechos que como seres sintientes los no humanos tienen al señalar:*
> *[…] El artículo 3 de la Ley 1774 de 2016 establece como estándares mínimos de protección animal los siguientes: i) Que no sufran hambre ni sed; ii) Que no sufran injustificadamente malestar físico ni dolor; iii) Que no les sean provocadas enfermedades por negligencia o descuido: iv) Que no sean sometidos a condiciones de miedo ni estrés; v) Que puedan manifestar su comportamiento natural […].*

Lamentablemente, de forma regresiva, a finales del 2017, se volvió al concepto de "cosa" para los seres sintientes, y el fallo fue revocado bajo la argumentación de que el habeas corpus solo aplica a personas humanas y que se debió acudir a un recurso de amparo u otra vía, restringiendo esta figura solo para los humanos.

Pero independientemente de la resolución final en este caso, consideramos que en Costa Rica, se podría aplicar un habeas corpus citando la Ley de Bienestar Animal antes referida.

Debemos insistir que la vía del recurso de amparo no debería ser considerada en nuestro Estado para resolver situaciones de malos tratos o de confinamiento en espacios físicos inadecuados, aunque exista la opción de que los magistrados apliquen medidas cautelares, puesto que ello es seguir aferrados a una idea de cosificación de seres que merecen un trato digno y otros tratos que no.

Es decir, los animales no están a la altura de ser seres de recepción para aplicarles un habeas corpus conforme lo exigen las tendencias jurisprudenciales conforme al derecho comparado vistas en Argentina y Brasil, como lo señalan en las hojas de ruta de las últimas declaraciones internacionales, tales como la de la UICN del 2016 o Río + 20 que buscan dar derechos a la naturaleza.

Dar derechos a la naturaleza no trata solo de que tengamos presente de que existe el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, pues de ser así, poco habríamos progresado luego de Estocolmo 1972, lo que implica verdadera y jurídicamente otorgar derechos a la naturaleza es dar garantías procesales a los seres sintientes.

II.B. Reconocimientos de personalidad jurídica a ecosistemas en el derecho comparado.

En Nueva Zelanda en el 2017, se le asigna al Río Whanganui, por disposición legal, el estatus de entidad o sujeto viviente.

Berros y Colombo (2017) contextualizan la situación al exponer:

> *La reciente firma del acuerdo entre los Whanganui Iwi y Nueva Zelandia es el resultado de 160 años de lucha para que la cuenca del Whanganui, el tercer río más grande de este territorio, sea reconocido como persona en el campo legal. Esta no es la primera vez que Nueva Zelandia realiza este tipo de reconocimientos: en 2013 lograron un acuerdo similar con otro pueblo maorí llamado Tuhoe para reconocer el estatuto legal de persona al Parque Nacional Te Urewera. Más recientemente, en diciembre de 2017, el Monte Taranaki compartió este mismo destino en el mencionado país, otorgándosele personalidad jurídica y un sistema de custodia compartida entre pueblos indígenas y el gobierno. El al que aquí referimos tuvo como primera instancia el diálogo iniciado con el gobierno neozelandés en 2014. Luego de tres años, en marzo del año 2017, el Parlamento aprobó la ley que refrenda el acuerdo. Este texto reconoce al río Whanganui la entidad de sujeto viviente y asigna una suma de US$ 55 millones en compensación, US$21 millones para el fondo para mejorar la salud del río y US$700.000 para establecer su marco jurídico"*

Macaya (2018) resalta que, en la ley de Nueva Zelanda, se destaca y se reconoce personalidad jurídica a:

> *[…] un todo indivisible y vivo que comprende el río Whanganui desde las montañas hasta el mar, incorporando todos sus elementos físicos y metafísicos… En el artículo 14 se declara explícitamente que el Te Awa es una persona jurídica con todos los poderes, deberes y responsabilidades de una persona jurídica"*

Sobre el caso de la India y el río Ganges, Macaya (2018) nos amplía el panorama citando:

> *El mismo día que el Parlamento neozelandés aprobaba la Ley Te Awa Tupua, otro río con alto contenido simbólico se veía atribuir una personalidad jurídica, esta vez, por medio de una decisión judicial. Se trata del río sagrado Ganges en la India y su principal afluente el Yamuna. En un caso relativo a la conducta omisiva del órgano encargado de velar por la administración del río, la Corte Superior de Uttarakand declaró a los ríos Ganges y Yamuna, así como a todos sus afluentes "persona / entidad legal que tiene el estatus de una persona jurídica con todos los correspondientes derechos, deberes y responsabilidades de una persona viva con el fin de preservar y conservar los ríos Ganges y Yamuna". La Corte tomó en cuenta que en la India ya se les ha reconocido ciertos elementos de la personalidad jurídica a deidades y subrayó la necesidad de una concepción evolutiva de la personería jurídica: Con el desarrollo de la sociedad donde la interacción de los individuos no fue suficiente para elevar el desarrollo social, el concepto de persona jurídica fue ideado y creado por las leyes humanas para los fines de la sociedad. Una persona jurídica, como cualquier otra persona física, es reconocida por la ley como titular de derechos y obligaciones. En otras palabras, la entidad actúa como una persona natural, pero solo a través de una persona designada. Como sus Señorías han sostenido en los juicios citados anteriormente, para un mayor impulso del desarrollo sociopolíticocientífico, la evolución de una personalidad ficticia hacia una persona jurídica se vuelve inevitable.*

Continúa ampliando Macaya que la declaratoria india transcendió más allá de una sección del Ganges y agrega:

> *Esta -personalidad jurídica- puede ser cualquier entidad, viva o inanimada, objetos o cosas. Puede ser una institución religiosa o cualquier unidad útil que pueda impulsar a los Tribunales a reconocerla. Esta misma Corte reconoció, en una sentencia del 30 de marzo de 2017, el mismo estatuto de persona jurídica con todos los correspondientes derechos, deberes y responsabilidades de una persona viva a los Glaciares de Gangotri y Yamaturi -donde nace el río Ganges-, así como todos los ríos, lagos, el aire, las praderas, las junglas, los manglares, las fuentes y las cataratas que ahí se encuentran agregando que se les reconoce asimismo derechos fundamentales […].*

Sobre el río Atrato en Colombia, en la sentencia número T-622/16 se reconoció la personalidad jurídica del río. Se dispuso respecto a la parte institucional accionada que eran:

> *[…] responsables de la vulneración de los derechos los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas demandantes por su conducta omisiva al no realizar acciones efectivas para detener el desarrollo de actividades mineras ilegales, que han generado la configuración de grave crisis humanitaria y ambiental en la cuenca del río Atrato (Chocó), sus afluentes y territorios aledaños[…] En consecuencia, las políticas públicas sobre la conservación de la biodiversidad deben adecuarse y centrarse en la preservación de la vida, de sus diversas manifestaciones, pero principalmente en la preservación de las condiciones para que esa biodiversidad continúe desplegando su potencial evolutivo de manera estable e indefinida, tal y como lo ha señalado la Corte en abundante jurisprudencia. De igual forma, las obligaciones del Estado sobre protección y conservación de los modos de vida de los pueblos indígenas, las comunidades negras y campesinas implican garantizar las condiciones para que estas formas de ser, percibir y aprehender el mundo puedan pervivir […].*

Reconociendo incluso los derechos bioculturales y los derechos de la naturaleza, el fallo señala:

> *Precisamente, el desafío más grande que tiene el constitucionalismo contemporáneo en materia ambiental, consiste en lograr la salvaguarda y protección efectiva de la naturaleza, las culturas y formas de vida asociadas a ella y la biodiversidad, no por la simple utilidad material, genética o productiva que estos puedan representar para el ser humano, sino porque al tratarse de una entidad viviente compuesta por otras múltiples formas de vida y representaciones culturales, son sujetos de derechos individualizables, lo que los convierte en un nuevo imperativo de protección integral y respeto por parte de los Estados y las sociedades. En síntesis, solo a partir de una actitud de profundo respeto y humildad con la naturaleza, sus integrantes y su cultura, es posible entrar a relacionarse con ellos en términos justos y equitativos, dejando de lado todo concepto que se limite a lo simplemente utilitario, económico o eficientista.*

Puntualmente los magistrados, señalan que es necesario aplicar un criterio de progresividad y es que ello, junto con su análisis de los derechos bioculturales, a todas luces contribuye al cambio paradigmal que está dentro de una visión ecocéntrica. Los altos jueces agregan:

> *En este contexto, para la Sala resulta necesario avanzar en la interpretación del derecho aplicable y en las formas de*

protección de los derechos fundamentales y sus sujetos, debido al gran grado de degradación y amenaza en que se encontró a la cuenca del río Atrato. Por fortuna, a nivel internacional (como se vio a partir del fundamento 5.11) se ha venido desarrollando un nuevo enfoque jurídico denominado derechos bioculturales, cuya premisa central es la relación de profunda unidad e interdependencia entre naturaleza y especie humana, y que tiene como consecuencia un nuevo entendimiento socio-jurídico en el que la naturaleza y su entorno deben ser tomados en serio y con plenitud de derechos. Esto es, como sujetos de derechos.

Y con base en ello, resolvieron:

[…] que la Corte declarará que el río Atrato es sujeto de derechos que implican su protección, conservación, mantenimiento y en el caso concreto, restauración. Para el efectivo cumplimiento de esta declaratoria, la Corte dispondrá que el Estado colombiano ejerza la tutoría y representación legal de los derechos del río en conjunto con las comunidades étnicas que habitan en la cuenca del río Atrato en Chocó; de esta forma, el río Atrato y su cuenca -en adelante- estarán representados por un miembro de las comunidades accionantes y un delegado del Estado colombiano315. Adicionalmente y con el propósito de asegurar la protección, recuperación y debida conservación del río, ambas partes deberán diseñar y conformar una comisión de guardianes del río Atrato cuya integración y miembros se desarrollará en el acápite de órdenes a proferir en la presente sentencia […].

Finalmente, es importante señalar que también en Colombia se dictó recientemente otra sentencia[41] donde les otorgan derechos a los ecosistemas de una región que es parte de la Amazonia, por el incremento de la deforestación y su contribución al cambio climático que perjudicaría a las generaciones futuras.

En esa sentencia, siguiendo la línea del Río Atrato, se señala lo siguiente:

Al respecto, esta Sala siguiendo la tesis sostenida por la Corte Constitucional en la sentencia T-622 de 2016, relacionada, con el reconocimiento de la naturaleza como un auténtico sujeto de derechos, postura acorde con la relevancia del medio ambiente y su conservación, desde la perspectiva ecocéntrica […] En ese pronunciamiento, el alto tribunal conceptuó: […] el desafío más grande que tiene el constitucionalismo contemporáneo en materia ambiental, consiste en lograr la salvaguarda y protección efectiva de la naturaleza, las culturas y formas de vida asociadas a ella y la biodiversidad, no por la simple utilidad material, genética o productiva que estos puedan representar para el ser humano, sino porque al tratarse de una entidad viviente compuesta por otras múltiples formas de vida y representaciones culturales, son sujetos de derechos individualizables… La justicia con la naturaleza debe ser aplicada más allá del escenario humano y debe permitir que la naturaleza pueda ser sujeto de derechos. Bajo esta comprensión es que la Sala considera necesario dar un paso adelante en la jurisprudencia… Resulta claro, pese a existir números compromisos internacionales, normatividad y jurisprudencia sobre la materia, que el Estado colombiano no ha enfrentado eficientemente la problemática de la deforestación en la Amazonía.

Sobre la deforestación y el cambio climático, los altos jueces indican:

El principio de solidaridad, para el caso concreto, se determina por el deber y corresponsabilidad del Estado colombiano

> *en detener las causas que provocan la emisión de GEI provocada por la abrupta reducción boscosa de la Amazonía, siendo imperante adoptar medidas de mitigación inmediatas, protegiendo el derecho al bienestar ambiental tanto a los tutelantes, como a las demás personas que habitan y comparten el territorio amazónico, no solo el nacional, sino el extranjero, junto con todos los pobladores del globo terráqueo, incluido, los ecosistemas y seres vivos.*

Y finalmente, bajo el principio de una gobernanza comunitaria y estatal compartida, dispusieron:

> *Por tanto, en aras de proteger ese ecosistema vital para el devenir global, tal y como la Corte Constitucional declaró al río Atrato, se reconoce a la Amazonía Colombiana como entidad, "sujeto de derechos", titular de la protección de la conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las entidades territoriales que la integren. En consecuencia, se otorgará el auxilio y ser ordenará a la Presidencia de la República, al Ministro de Ambiente […] para que en coordinación con los sectores del Sistema Nacional Ambiental y la participación de los accionantes, las comunidades afectada y la población interesada en general, dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación del presente proveído, formulen un plan de acción […] en donde se haga frente a los efectos del cambio climático… asimismo se ordena […] la construcción de un pacto intergeneracional por la vida del Amazonía colombiana PIVAC, en donde se adopten medidas encaminadas a reducir a cero la deforestación y las emisiones de gases de efecto invernadero […].*

Se aprecia en las disposiciones legislativas y en las sentencias anteriores, sobre reconocimiento a derechos de la naturaleza a ecosistemas diversos, que ellas tienen en común varios aspectos: a) Se adoptan resoluciones que involucran a las comunidades en las soluciones de las problemáticas, y esto contribuye a sentar las bases de un Estado ambiental, social y democrático de derecho. b) Se descosifican la biodiversidad y los ecosistemas. c) Se da un paso para romper con el paradigma antropocéntrico. d) Aunque no existan normas expresas como en la Constitución de Ecuador para otorgar derechos a la naturaleza, tanto en Colombia, como en la India, vía interpretaciones dinámicas y no estáticas, se toman criterios del derecho ambiental internacional, sea del hard law o del soft law, así como de normas del derecho interno para avanzar. f) El reconocimiento de normas bioculturales es una forma de reinterpretar, así como integrar el derecho que busca otorgar estatutos a la naturaleza.

Incluso, a nivel latinoamericano, tenemos la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, número OC-23/17 del 15 de noviembre de 2017, la cual siguiendo con la tendencia de reconocer derechos a la naturaleza y de reinterpretar los diferentes cuerpos normativos, nos señala:

> *[…] Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos. En este sentido, la Corte advierte una tendencia a reconocer personería jurídica y, por ende, derechos a la naturaleza no solo en sentencias judiciales, sino incluso en ordenamientos constitucionales.*

Ahora, si bien parece que se está en una franca línea de cambio, existen serios problemas de aplicabilidad en el campo de lo logrado en las diferentes instancias.

La jurista Macaya (2018) señala al respecto:

> *El estatuto del Te Awa Tupua es sumamente detallado, previendo las obligaciones fiscales, el establecimiento de órganos subsidiarios de consulta – el Te Karewao – y de estrategia – el Te Kopuka, así como la prohibición de la alienación de la tierra que constituye el lecho del río Whanganui… Con respecto a los derechos que son atribuidos a estas nuevas entidades jurídicas, si bien el Te Awa Act define los derechos y las respectivas limitaciones de esta nueva persona jurídica que representa la esencia del río Whanganui, los otros instrumentos que han reconocido la personalidad jurídica a entidades naturales han sido omisos sobre este punto, lo cual deja un vacío jurídico con respecto a los derechos que estas nuevas entidades pueden reclamar. En la sentencia de la Corte Constitucional Colombiana se le reconoce al río Atrato su derecho a la protección, conservación, mantenimiento y restauración. Sin embargo, esta lista no es numerus clausus y cabe interrogarse sobre la posibilidad de atribuirle otros derechos, como el de propiedad o el de participación política, haciendo eco del debate que se ha desarrollado en torno a otras personas jurídicas carentes de voluntad autónoma. En efecto, como toda nueva institución jurídica, la figura de la naturaleza como sujeto de derecho, necesitará de un desarrollo doctrinario y jurisprudencial que permita finalmente una mayor efectividad y eficacia práctica […].*

Lo anterior no significa que vía judicial no se pueda hacer nada, sino que las resoluciones exigirán mayor creatividad a los operadores de justicia para tomar en cuenta aspectos que permitan la eficacia de sus decisiones. Incluso, se entiende dado lo novedoso del cambio paradigmal y que si bien se han hecho avances macro, se nota timidez en algunos aspectos que llevan a una eficacia simbólica que sirve en parte, para no avanzar y que es aprovechada por algunos juristas que señalan también que los derechos de la naturaleza no aportan gran cosa, por lo que todo queda en una mejora que no pasa más allá de llevar ideas sobre un deber ser de una ética planetaria, pero nada más.

No podemos terminar esta parte, sin mencionar, como recientemente lo ha hecho Juan Martín Siano (2018) hablando sobre Argentina, que algunos juristas han señalado que el derecho de la naturaleza ha seguido equivocadamente una línea de reconocimiento de lo sagrado, para justificar un estatuto protector a los ecosistemas o, incluso, a la biodiversidad. El abogado argentino indica:

> *Dicho de otra manera: ¿es necesario deificar a un río o a un animal, para obtener la protección legal del mismo? Bajo el régimen jurídico argentino, mi opinión es que no es necesario. Nuestra Constitución prevé expresamente con el mayor rango constitucional posible (el de los derechos explícitamente reconocidos) el derecho al medioambiente equilibrado, pero, fundamentalmente, impone a todos y cada uno de los habitantes del territorio nacional —con el mismo rango— el deber de preservarlo.*

Se considera respecto a ello que no se trata de hacer del derecho de la naturaleza una ciencia subjetiva o esotérica; pero lo cultural y, en parte, lo sagrado o las creencias ancestrales de los pueblos que viven en determinadas regiones marcan las situaciones que los operadores de justicia o los legisladores deben ponderar, pues en lo cultural definitivamente va envuelta la protección de la biodiversidad y los ecosistemas. Por ello, el reconocimiento de los derechos bioculturales no podrán pasar de lado.

Desconocer lo anterior significaría que, incluso, desconozcamos la costumbre como fuente importante de derecho de la naturaleza, tal

y como se reconoce fuertemente en derecho internacional, el laboral o el comercial, por ejemplo. De ahí que no se trata de sacralizar el derecho, pero sí de incorporar, en las valoraciones jurídicas al momento de fallar, lo cultural, la historia y las costumbres de los pueblos.

Las nuevas formas de interpretación o de hermenéutica jurídica deberán cambiar los axiomas de valoración y las escalas de prioridades y, por ello, el derecho deberá modificarse y no se toma como acertado el argumento del jurista Martín Siano de que todo se puede hacer con el mismo derecho existente ahora y los mismos métodos.

III. Nuestra Constitución y los sujetos no humanos

En Costa Rica, como señalamos al inicio de este artículo, no existe una norma expresa en la Constitución, ni en el rango legal que reconozca los derechos de la naturaleza; aunque existe el artículo 50 u otros que tienen relación.

Esta norma 50 dispone:

> *El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.*
> *Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.*
> El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes.

Pero debemos aclarar que nuestra Constitución, que data de 1949, no contenía inicialmente un artículo expreso referente al ambiente, y no fue sino hasta 1994 cuando se introdujo este al modificarse la norma supra citada, agregando los últimos dos párrafos, y quedó el primero de los estos en iguales términos conforme originariamente se había acordado.

Álvarez (2001) indica:

> *Es relevante señalar que el proyecto de reforma al artículo 50 de la Constitución Política fue presentado ante la secretaría de la Asamblea Legislativa el cuatro de mayo de mil novecientos ochenta y ocho señalándose en la exposición de motivos del proyecto: "[…] los derechos contemporáneos forman la llamada "tercera generación […]" Entre los nuevos derechos -que implican, también deberes- está el de vivir en un ambiente puro, que abarque la protección de todo el entorno natural del hombre […] el hombre debe tener la sabiduría de hacer un uso racional de la naturaleza sin dañarla o destruirla […] las reformas constitucionales que se presentan tienen como propósito resaltar el derecho de todo habitante de Costa Rica, a disfrutar de un ambiente puro, lo mismo que de un desarrollo ecológico equilibrado y sano […].*

Empero no negamos el avance dado para ese momento histórico, a nuestro criterio existió un error en la modificación constitucional al no haberse creado un artículo 50 bis al menos. Lo anterior se externa, puesto que, al ampliar la norma ya existente y agregar los párrafos dos y tres, provocó que los interpretadores constitucionales se vieran atados con mayor vínculo a tener que considerar en conjunto, todo el texto del artículo y ello conllevó -y conlleva- a tener que ver la protección ambiental, aparejada a eso que los constitucionalistas originarios dispusieron que fue el deber pensar en un Estado que tenía que estimular "la producción y el más adecuado reparto de la riqueza".

Incluso en el párrafo tercero, se indica que existe una obligación de garantizar, defender, preservar no solo el derecho a un ambiente sano, sino también existe una obligación estatal de

aplicar esos verbos, por ejemplo, al estímulo de la producción que en principio no está mal, si este fuera un mundo ideal, equitativo, inclusivo y protector de la biodiversidad, pero no lo es.

Lo desarrollado en la norma 50 implica, actualmente, que cuando un operador de justicia ambiental deba sopesar un proyecto o una actuación, tiene que atribuir una clara ponderación al estímulo de esas actividades productivas y, si el o la intérprete es de una tendencia antropocéntrica, tiene mucho más opciones para pensar en el apoyo de las tesis prodesarrollos que dejan lo ambiental de lado de la defensa del medio ambiente. Lo anterior constituye una situación peligrosa y muy delicada.

Aunque el bloque de constitucionalidad implica y obliga a acudir a ponderar los numerales 21[42], 50 y 89[43], se siente y percibe en las resoluciones judiciales que muchas veces se le da prioridad al párrafo primero del ordinal 50 que los restantes.

Algunas personas pueden cuestionar mi tesis, pues mi planteamiento es solo eso, una hipótesis no comprobada estadísticamente. Los más técnicos o los academicistas, adversando mi punto de vista, dirían que es imposible llegar a mi conclusión, puesto que es claro que cuando un juzgador aplique alguno de los diversos métodos de hermenéutica jurídica para resolver un caso concreto, tendrán que ser objetivos[44].

Pero en la realidad y en la sumatoria de elementos, vemos que no estamos ante un modelo perfecto que se decanta por un sí o un no, todo lo contrario, es decir, no es una operación simple la que los valoradores deben hacer, donde sabemos que las situaciones económicas, ideológicas y políticas también influyen en la toma de decisiones y cargan con subjetivismo las resoluciones que dicten.

En todo caso, a criterio de quien escribe, reitero que es manifiesto que existe un riesgo de parcialización al antropocentrismo al haberse hecho en Costa Rica la positivización constitucional del derecho a un ambiente sano, manteniendo el párrafo primero que existía desde 1949, ya que este corresponde a un momento de cuando se pensaba que el Estado debía ser benefactor y que había que desarrollarlo fuera como fuera. Y mantengo lo anterior, puesto que la consciencia y la sensibilidad en temas ambientales de los intérpretes pesan en las decisiones judiciales o administrativas.

Recordemos que la "ciencia" y, sobre todo la social, no es inocente y tiene partido político y tendencias al libre mercado o algunas veces de protección ambiental, tal y como se ha desarrollado en este artículo.

Lo anterior nos ha dejado secuelas en nuestra jurisprudencia constitucional, donde se ha establecido por ejemplo lo siguiente:

> […] precisamente el ***objetivo primordial del uso*** y protección del ambiente es obtener un desarrollo y evolución ***favorable al ser humano***. Voto constitucional n.º 6938-00. (El resaltado es nuestro).

También los magistrados y las magistradas han señalado, dando protección a los empresarios cultivadores de piña, contrario a proteger a la biodiversidad o los mantos acuíferos:

> *[…] La libertad de empresa y de comercio como derecho fundamental, íntimamente ligado, por su naturaleza, con el derecho al trabajo y de propiedad privada, es susceptible de ser restringido por una disposición del parámetro de convencionalidad o de constitucionalidad y, eventualmente, por la ley, en el tanto y en el cuanto el límite respectivo sea necesario, razonable y proporcionado. En el presente asunto, la restricción o limitación para ejercer la actividad empresarial agro-industrial de la siembra y expansión, exportación, distribución y comercialización de la piña en el cantón de Pococí, fue impuesta por un acuerdo del Concejo Municipal, lo*

> *que infringe directa y palmariamente el principio constitucional de la reserva de ley en materia de restricción a los derechos fundamentales y, por ende, quebranta la libertad de empresa y comercio […]. Voto constitucional n.º 2013-0013939.*

Otro ejemplo de lo anterior es patente en el extracto siguiente de una sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo, donde un juez señaló, resolviendo una medida cautelar, contra el inicio de un proyecto muy cuestionable desde la perspectiva ambiental:

> *En el caso de marras, más allá de un análisis de la apariencia de buen derecho que pudiera tener la parte actora ante la posible nulidad de la citada resolución; lo cierto del caso, es que dicha resolución lo que hizo fue dar un visto bueno o viabilidad ambiental a un proyecto de concesión de obra pública; es decir, la citada resolución emitida por la secretaria ambiental por sí misma no constituye una fuente de peligro o daño que amerite la intervención del Tribunal. El Despacho considera que no puede tenerse por acreditado el peligro en la demora […]* ***finalmente, en cuanto a la bilateralidad y ponderación de los intereses en juego, es claro que con la adopción de una medida como la pretendida por el Sindicato accionante, lejos de evitar un perjuicio mayor como el alegado, lo que vendría a significar es el atraso de una obra necesaria para el desarrollo y el bienestar del país, especialmente de la población de la zona atlántica por medio de la generación de empleos y progreso general [*…]. *Resolución n.º 99-2015 T dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo a las 11 horas, 30 minutos del 15 de enero de 2015. (El resaltado no es del original).*

Como apreciamos, bajo el criterio subjetivo de ponderación de los intereses en juego, hubo una inclinación por las fuentes de empleo, lo cual tiene mucha relación con lo dicho supra, si consideramos que los votos de la Sala Constitucional son utilizados como "nociones inspiradoras" a jueces de menor jerarquía[45].

Sobre lo que debe ser la correcta lectura, los magistrados constitucionales de la norma 50 han indicado:

> *[…] En efecto, el artículo 50 constitucional establece que: "El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado." En un mismo artículo, el legislador constitucional ha incluido los tres elementos del desarrollo sostenible: la estimulación de la producción (elemento económico), el ambiente ecológicamente equilibrado (elemento ecológico) y, además, el reparto más adecuado de la riqueza y el ambiente sano (elemento social). La lectura del artículo también debe hacerse en conjunto con el artículo 74 de la Constitución, que explícitamente establece el deber de procurar una política permanente de solidaridad nacional con asidero en el principio cristiano de justicia social […]. Voto constitucional n.º 2013-10540.*

Asimismo, nuestros altos jueces constitucionales también han señalado:

> *[…] Por último, es necesario considerar que la posibilidad de cambio del uso de suelo de los inmuebles particulares que han sido afectados previamente para la preservación del recurso forestal, se sustenta en que, según se había indicado anteriormente (Considerando V.- de esta sentencia), el concepto del desarrollo sostenible se incorpora al contenido de la debida tutela ambiental; con lo cual, es*

> *no sólo posible sino necesario el fomento del desarrollo económico y social de la población –en cumplimiento del precepto contenido en el primer párrafo del artículo 50 constitucional (que enuncia "El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza"); claro está, conforme al respeto de las normas ambientales, caso contrario se causaría una grave paralización en el desarrollo de nuestro país […]. (Voto constitucional n.º 2006-17126, el resaltado no es del original).*

Teniendo claro que nuestra norma constitucional tiene la visión antropocéntrica, vale tener en cuenta que ello ha fomentado que existan votos tanto de la Sala Constitucional, como de otras Salas, donde se cosifica a los seres sintientes y a los ecosistemas.

Por ejemplo, nuestra Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ubicó la vida silvestre dentro de un concepto de "cosas", al mejor estilo antropocéntrico, al externar expresamente:

> *la noción de dominio público tradicionalmente se ha desarrollado respecto a bienes inmuebles… en nada obsta para que se aplique a bienes de otra naturaleza como lo son la flora y la fauna […]. (Voto 001327 F S1- 2016).*

Incluso, en esa misma ocasión, también los magistrados y las magistradas dispusieron:

> *[…] así, se conceptualizan como COSAS la fauna silvestre, sin pertenencia a nadie, fuera del comercio de las personas y que se encuentran al SERVICIO DE LA COLECTIVIDAD… que ha de agregarse, pueden ser utilizados y aprovechados mediante actos de autorización, -concesión o permiso de uso. (Voto 001327 F S1-2016, la mayúscula no es del original).*

En el 2016, cambiando a una posición más en pro de los animales, desde Sala Constitucional se indica:

> […] la Sala Constitucional ha determinado que la prohibición del maltrato animal, tiene asidero constitucional en el ordenamiento costarricense, derivado de los artículos 28 y 50 de la Constitución Política. La Sala ha determinado que los seres humanos no sólo tenemos un deber moral de actuación con respecto a las demás personas, sino también en relación con el entorno natural que nos rodea […]. (Voto n.º 2016-13553)

En el 2017, en el voto constitucional número 2017-001567, externaron igualmente desde la Sala Constitucional un parámetro antropocéntrico, relativo al manejo de los animales en esta sociedad, al exponer:

> *Limitaciones constitucionalmente legítimas al deber de protección del bienestar animal. La doctrina señala que el deber de protección animal, tiene unos límites legítimos, entre los cuales se encuentran al menos: (i) los hábitos alimenticios de los seres humanos, (ii) la investigación y experimentación médica y, (iii) la cultura. En esos casos, el operador jurídico deberá intentar una armonización caso por caso, cuando haya tensión entre la obligación de buscar el bienestar animal y los límites al deber de protección. […] Sobre este tema específico, en la sentencia 2012-4620 de esta Sala, también reconoce el autoconsumo humano y la cultura como límites legítimos a la protección animal. En lo que interesa se señaló: "**Ahora bien, como se indicó, la protección a la salud animal se define en última instancia en función del mismo hombre. Por consiguiente, es válido limitar la extensión de espectro de protección a los animales en consideración a otros***

> ***bienes jurídicamente relevantes para el ser humano***. *En particular, el sacrificio de animales destinados al consumo y aprovechamiento humanos es un evidente límite al deber de protección animal, toda vez que los productos derivados de los animales constituyen elementos esenciales de la dieta y vestimenta humanas. Igualmente, se debe hacer mención a la investigación y experimentación médica con animales, por cuanto ello constituye un elemento fundamental para el desarrollo de medicamentos y tratamientos en beneficio de la salud humana. Del mismo modo, las tradiciones del pueblo costarricense, cuya protección se infiere del artículo 89 de la Constitución Política, son objeto de tutela por tratarse de valores propios del acervo cultural de la nación. (El resaltado no es del original).*

Es decir, hay situaciones que son entendibles, pero el discurso que valoriza los actos humanos por sobre la protección animal debería cambiar, dado que el lenguaje marca y establece parámetros de actuaciones futuras que podrían ser mal utilizadas para mantener el paradigma antropocéntrico. Por ello, remarcamos el anterior párrafo en la sentencia constitucional citada.

Nuestros altos magistrados y magistradas constitucionales también han establecido esferas de protección diferentes para diversas especies, y esto colabora en establecer límites que armonizan con una visión de los que abogan por el bienestar animal,[46] pero que podría ser perjudicial para otras especies por ser parámetros poco inclusivos y subjetivos. Se nota que falta en la sentencia un test para establecer qué especies sí y cuáles no son dignas de protegerse y solo se observa que se citaron ejemplos. Pero esto debería ir cambiando en el futuro por seguridad jurídica de los seres sintientes. La sentencia número 2017-001567 señala:

> *En el caso en concreto, diferentes ordenamientos internos, clasifican y tutelan a los animales en diferentes tipos, implementándose a partir de dicha diferenciación, diferentes acciones estatales en favor de su tutela. Lo anterior es razonable, ya que según el tipo de animal, se necesitara de una especial protección o acción estatal, debido al impacto que tiene determinado animal sobre el desarrollo social de las personas. No es lo mismo, las consecuencias que pueden sufrir las personas ante acciones que atenten contra un animal en extinción o contra una mascota, que las que atenten, contra un mosquito o una rata por ejemplo, o sobre animales cuya existencia o permanencia en determinados lugares o contextos puede implicar más bien, un daño o peligro para la integridad o salud de las personas, como podría suceder, por ejemplo, con las serpientes venenosas; y como estas consecuencias sobre las personas no son las mismas, entonces no se puede justificar que se aplique el instrumento reservado como última ratio, tanto para acciones lesivas que atenten contra sectores de los animales que sí ameriten la reacción penal, como para sectores de los animales y acciones lesivas que no ameriten la reacción penal, ya que esto conllevaría, que en casos no calificados, se dé primacía al bien jurídico tutelado en lugar de la persona.*

En verdad, lo anterior podría caer en cierto especismo[47], al clasificar los animales por especies, si estas están en peligro de extinción o no, o si son ratas o serpientes. Las líneas del futuro deberían enfocarse ante otros aspectos como lo sería, por ejemplo, determinar si existen seres sintientes y cómo estos podrían perjudicar o beneficiar a los humanos, pero ponderando, si es posible con estudios bajo criterios de la ciencia y la técnica, las decisiones para terminar con una plaga de alguna especie determinada, salvo que sea una decisión inmediata cuando la vida humana esté en peligro por supuesto.

Incluso, si se habla de animales de crianza, se debe pensar en una muerte digna de ellas. No se debería caer en la situación de comparar entre

ratas o mosquitos simplemente, como se hizo en el caso judicial citado, pues no parece razonable.

Rivera (2017) indica al respecto

> *El aceptar una "graduación valoral" supone que habrá momentos en que se podrá justificar, en caso de conflicto, el poner fin a una vida de un animal. Sin embargo, antes de considerar todas las opciones viables para respetar la vida antes mencionada, hay que defender y preservar muchos de los intereses de los animales que no están en conflicto con los intereses humanos fundamentales. Por ejemplo, son moralmente reprochables… el provocar sufrimientos innecesarios a los animales en beneficio de una crianza intensiva para la alimentación humana, o maltratar animales con fines comerciales o recreativos o también su utilización en la experimentación científica de modo injustificado e innecesario […].*

Pero definitivamente donde los animales están en un nivel abajo jurídicamente marcado es para el derecho penal, puesto que los magistrados y las magistradas constitucionales han determinado:

> *Para el caso del Derecho Penal, sus gravosas consecuencias sobre las personas, generan que su uso instrumental deba de relegarse a la última ratio por aplicar, ya que la imposición de una sanción penal irracional, puede generar que el fin máximo de la Constitución y de toda norma –entiéndase el desarrollo integral de las personas-, pueda quedar sin contenido alguno, provocando que el instrumento y la eficacia de este, tenga más primacía que las personas. Partiendo de la anterior noción,* ***el Derecho Penal sólo debe de reservarse, para las acciones más lesivas que atenten contra los bienes jurídicos de mayor relevancia social***. (Voto constitucional número 2017-001567. El resaltado es nuestro).

En el caso anterior, se ponderaron sanciones penales por maltrato o muerte de animales en la Ley de Bienestar Animal. Sin una definición o explicación de parámetro objetivo utilizado, simplemente quienes resolvieron una consulta de constitucionalidad dispusieron que la norma era inconstitucional por exceso en la pena. Independientemente de si se tenía razón o no, es claro que los magistrados y las magistradas fallaron a favor de la cosificación de seres sintientes, al no justificar técnicamente por qué consideraban que una norma era muy severa.

En un tema muy sensible, como es la protección de los cocodrilos, para el evento denominado como "La Lagarteada", en Ortega, Guanacaste, los magistrados y las magistradas constitucionales vieron la caza, el maltrato y la detención temporal de uno de estos individuos como algo que podría ser regulado administrativamente. Cuando más bien, lo lógico debió ser haber dispuesto una protección absoluta para evitar un sufrimiento innecesario al cocodrilo que iba a ser cazado y puesto en una jaula, con el hocico amarrado por 24 horas. Véase que el tema que se discutió fue, si era prudente o no que se regulara una "tradición" que evidentemente tenía líneas antropocéntricas[48] y biocidas. En ese entonces, se expuso:

> *En efecto, si las autoridades competentes del Ministerio de Ambiente y Energía (MINAE) han prohibido o tomado una serie de medidas protectoras a fin de evitar que se produzcan daños ecológicos en el hábitat del lagarto o se le causen daños a dicho animal durante la realización de la actividad conocida como "La Lagarteada" que se lleva a cabo en el pueblo de Ortega, Guanacaste, ello no puede ser objeto de impugnación en esta sede, ya que lo actuado por la Administración es en protección de lo dispuesto en el artículo 50 de la Constitución Política y, por ende, acoger lo pretendido por los amparados implicaría, más bien, la amenaza o violación a dicha norma constitucional. Deben tener presente los recurrentes que el hecho de que la actividad*

en cuestión cuente con una larga tradición y sea de antigua data -según se afirma en el recurso- no puede ser un obstáculo para que las autoridades administrativas competentes, si lo consideran pertinente, intervengan en el asunto a fin de evitar que una especie en peligro de extinción se vea afectada por la realización de una actividad cultural que se realiza en condiciones se consideran perjudiciales para el animal y su medio ambiente. Esta Sala no desconoce la importancia cultural de las tradiciones de los diversos pueblos del país, pero no se podrían tutelar actividades que, aun cuando fueron tradicionales, impliquen un impacto negativo en una especie animal o en su hábitat. Ahora bien, no es ésta la vía para discutir si efectivamente la actividad en cuestión causa o no daños al lagarto o a su medio ambiente, pues ello es un asunto que corresponde determinar el propio Ministerio recurrido, de modo que si los recurrentes no están de acuerdo con el contenido y afirmaciones hechas en el oficio número SINAC-DG-1763 del veintitrés de octubre del dos mil siete, suscrito por el Director General del Sistema Nacional de Áreas de Conservación del Ministerio del Ambiente y Energía (MINAE) (folios 20 y 21), es ante el propio Ministerio que deben presentar sus alegatos, a fin de demostrar que, efectivamente, no se producen los daños que allí se acusan y que la actividad en cuestión puede realizarse sin ningún riesgo para el animal y su entorno. Esta Sala estima que, contrario a lo aducido en el recurso, la recomendación hecha en el citado oficio al Director del Área de Conservación Tempisque para que no otorgue el permiso para la actividad en cuestión no sólo no es desproporcionada o irracional, pues tiene su fundamento en las consideraciones que en el propio oficio se hacen en relación con las condiciones en que se lleva a cabo dicha actividad, sino que, de cualquier forma, no es más que una recomendación, no una denegatoria del permiso en cuestión. De cualquier forma, a folio 33 del expediente consta una noticia del periódico La Nación en el que consta que, finalmente, el MINAE autorizó la llamada "Lagarteada" en Ortega, condicionada a cumplimiento de una serie de recomendaciones, las cuales, por lo demás, los recurrentes indican en el recurso haber aceptado. Así las cosas, no se ha producido violación alguna a los derechos fundamentales de los recurrentes a conservar y practicar sus tradiciones como parte de su patrimonio cultural y, por el contrario, lo actuado por el MINAE ha sido en ejercicio de las competencias que por ley le corresponden, a fin de brindar protección a una especie animal en peligro de extinción y a su entorno natural, todo lo cual está ajustado a derecho, razón por la cual la tutela que pretenden los recurrentes no puede ser objeto de amparo por parte de este Tribunal. En consecuencia, el recurso es improcedente y así se declara. (Voto número 2008-005844).

Hay quienes podrían señalar que, en este voto, se resolvió acudiendo a un criterio biocultural, pero en realidad las exigencias internacionales y nacionales de respeto a los animales jamás deberían ser utilizadas para fomentar prácticas como las relatadas, pues ellas no conllevan a aspectos positivos y significan transgredir la lógica de respeto y derechos a estos seres. No puede haber práctica o tradición que justifique un maltrato a los animales, pues ello es fomentar la cosificación que se ha criticado.

En este caso, si bien es cierto, los magistrados y las magistradas reconocieron que se debían proteger los cocodrilos por ser una especie en peligro, no se justificó que no trascendieran y debieron señalar que las disposiciones del MINAE que regulaban la actividad permitiéndola eran transgresoras a los derechos de los animales, ya que eran seres sintientes que iban a pasar por un proceso, no edificante, de caza y exposición del cocodrilo ante una comunidad.

Sobre el reconocimiento de los derechos referidos a ríos o ecosistemas, existe un precedente interesante en Costa Rica. Se trata del caso de la protección al Río Grande de Tárcoles que es una de las cuencas más contaminadas de Centroamérica.

El recurrente alegaba que, desde la Gran Área Metropolitana, donde se concentraba el mayor núcleo poblacional nacional, se lanzaban cientos de toneladas de residuos sólidos y líquidos al cauce del río. El accionante, ante Sala Constitucional, indicaba que esta contaminación bajaba hasta la desembocadura, en el Océano Pacífico, trayendo contaminación y enfermedades, así como problemas a la agricultura de una gran región. Se alegó violación a la calidad de vida, a la salud y al derecho a un ambiente sano contra las autoridades centrales y todas las municipalidades que estaban vinculadas a la cuenca alta.

En la sentencia de este asunto de la Sala Constitucional, mediante el voto número 2007-05894, se dispuso:

> *A partir de lo indicado en los considerandos anteriores, observa la Sala que, en la especie, con los hechos descritos por el recurrente y las probanzas agregadas al expediente, no queda duda de que la cuenca del río Grande de Tárcoles presenta altos índices de contaminación por cuanto se han generado actividades que no han sido vigiladas de manera responsable y que han ocasionado y siguen produciendo, un serio daño ambiental; situación que a pesar de la abstracción que implica, justifica la intervención de este Tribunal […] De tal modo, en el caso concreto, hay una obligación estatal compartida entre el Ministerio de Salud, las diferentes corporaciones municipales que tienen jurisdicción territorial en los lugares por donde atraviesa la cuenca del río Grande de Tárcoles, el Ministerio de Ambiente y Energía, el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, la Caja Costarricense del Seguro Social, entre otros, de velar por el cumplimiento de la normativa existente en aras de proteger el ambiente, los recursos hídricos, naturales, entre otros que implican vida para los pobladores y el futuro de las generaciones venideras. Ahora bien, del expediente se desprende que ya se han creado diferentes comisiones y comités a lo interno de las instituciones recurridas y que pretenden, en coordinación directa con municipios y otros entes estatales, adoptar las medidas que sean necesarias para dar fiel cumplimiento a esa obligación estatal de preservar el ambiente y los recursos de la cuenca del río Grande de Tárcoles; sin embargo, en criterio de esta Sala, tales iniciativas no son suficientes todavía pues a pesar de que cuentan con muy buenos proyectos y estrategias, lo cierto del caso es que, hasta la fecha, no se han logrado concretar en actuaciones materiales que permitan cumplir con los objetivos propuestos pues es muy evidente que el proceso va muy lento pero sobre todo que el apoyo estatal a tales proyectos, no proporciona los mecanismos necesarios para que su aplicación sea contundente y en ese sentido observa la Sala que hay una omisión estatal que debe ser corregida […] Por tanto: Se declara con lugar el recurso. Se ordena a Roberto Dobles Mora, en su condición de Ministro de Ambiente y Energía, a María Luisa Ávila Agüero, en su calidad de Ministra de Salud, a Rodrigo Arias Sánchez en su condición de Ministro de la Presidencia, a Olman Chacón Garita, en su calidad de Gerente del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados y a Eduardo Doryan Garrón en su condición de Presidente Ejecutivo de la Caja Costarricense de Seguro Social, o a quienes en su lugar ejerzan esos cargos, así como también al Alcalde de Atenas, al Alcalde de San Mateo, al Alcalde de Orotina, al Alcalde de Puriscal, al Alcalde de Turrubares, al Alcalde de Garabito, al Alcalde de San Ramón, al Alcalde de Palmares, al Alcalde de Naranjo, al Alcalde de Valverde*

> *Vega, al Alcalde de Grecia, al Alcalde de Alajuela, al Alcalde de Mora, al Alcalde de Poás, al Alcalde de Barva, al Alcalde de Santa Bárbara, al Alcalde de Belén, al Alcalde de Flores, al Alcalde de San Rafael de Heredia, al Alcalde de San Pablo de Heredia, al Alcalde de Moravia, al Alcalde de San Isidro de Heredia, al Alcalde de Santo Domingo de Heredia, al Alcalde de Vásquez de Coronado, al Alcalde de Tibás, al Alcalde de Montes de Oca, al Alcalde de Curridabat, al Alcalde de Alajuelita, al Alcalde de Escazú, al Alcalde de Santa Ana, al Alcalde de Desamparados, al Alcalde de La Unión de Tres Ríos, al Alcalde de Cartago y al Alcalde de San José, que de inmediato adopten las acciones necesarias para eliminar de manera integral los focos de contaminación que existen a lo largo de la cuenca del río Grande de Tárcoles y se tomen medidas para iniciar el proceso de reparación del daño ambiental ocasionado en esa cuenca, en la medida en que ello fuere posible, para lo cual deberán realizar la coordinación que el caso amerite tendiente a solucionar integralmente el problema objeto de este amparo y que ha originado su estimatoria […].*

Es decir, como se aprecia, en estas tierras tenemos un caso, al igual que lo que se ha dispuesto en Colombia o la India, donde se protege un río. Como se observa, se dejó erróneamente a las municipalidades de la cuenca media o baja sin restricciones, presumiendo de seguro que actuaban haciendo una eficiente gestión integral del recurso hídrico y de los residuos sólidos y líquidos.

No se otorgaron derechos a la naturaleza, ni menos personalidad jurídica al río, pues nunca estuvo en discusión, ni era un tema que, para el 2007, estuviera sobre la palestra nacional o internacional como lo está ahora. Pero este hito es interesante y es relevante por el buen tino de los magistrados y las magistradas constitucionales de querer proteger, al menos una parte de la cuenca. Es claro que, desde la Sala Constitucional, se quedaron muy cortos al no integrar conceptos como cuenca alta, media y baja, pero ello no demerita el antecedente.

No obstante, también se manifiesta una eficacia simbólica del derecho ambiental, puesto que aunque luego de la sentencia, se hicieron comisiones interinstitucionales por parte del Poder Ejecutivo y hasta se construyó una gran planta de tratamiento de residuos líquidos para algunos cantones de la cuenca alta, no se observa ningún cambio, ni siquiera significativo en la disminución de la contaminación. Este asunto se presta para preguntarse si ¿el haber dispuesto en el 2007 que existían derechos de la naturaleza mediante esa sentencia, hubiera cambiado en algo la realidad hoy en día?

El cuestionamiento anterior nos lleva a más dudas que respuestas positivas a favor de los derechos de la naturaleza; pero si el derecho ambiental, tal y como se lo tenemos hoy en día, es conocido como uno en la etapa de la adolescencia; el derecho de la naturaleza, apenas ha llegado a un estado embrionario, por las resistencias al cambio paradigmal. Por esto hacen falta muchos cambios aún, pues no se trata solo de modificar unas y hacer otras normas más, tal y como hemos dejado manifiesto.

Por otro lado, y más recientemente, en el expediente de la Sala Constitucional número 18-005745-0007-CO, un accionante perteneciente a los pueblos indígenas plantea expresamente el reconocimiento del Río Grande de Térraba como sujeto de derechos por considerarlo sagrado desde siglos atrás por su pueblo. Esta es la primera vez que discuten expresamente los derechos de la naturaleza para un río a nivel nacional.

Los representantes de la Procuraduría General de la República se oponen expresamente a la acción de inconstitucionalidad contra el decreto que permitiría hacer un proyecto hidroeléctrico en el cauce del río, señalando que en Costa Rica es imposible que esta discusión se dé, dado que no existe normativa expresa que autorice al reconocimiento. Indican expresamente:

> *En el derecho positivo, elevar de estatus jurídico a la naturaleza, de objeto a sujeto de derechos, requiere un cambio normativo y una transición desde la perspectiva antropocéntrica a la biocéntrica, reconociendo que la naturaleza es merecedora de protección per se, en cuanto tiene valor intrínseco como organismo vivo y no en función de las personas. E implica revisar las categorías jurídicas involucradas, como las nociones de sujeto de derechos, personalidad jurídica etc; superar la concepción de que los derechos son atributo exclusivo de las personas, y admitir la posibilidad de que hayan titulares de estos aunque no los puedan exigir por sí mismos; además de valorar los efectos jurídicos y prácticos del reconocimiento.*

Se aprecia en ello la concepción de resistencia dentro del paradigma antropocéntrico. Incluso, se observa una visión nada dinámica del derecho que olvida el rol de las interpretaciones jurídicas a la luz de los nuevos acontecimientos que los operadores de justicia pueden enrolar mediante el principio de progresividad. Todo lo anterior es verdaderamente lamentable de parte del ente asesor de los magistrados y las magistradas constitucionales.

El procurador continúa señalando:

> *A través del alegato de que se debería reconocer personalidad jurídica al Río Grande de Térraba se plantea una cuestión de carácter deontológico, más no una violación de normas y principios constitucionales por falta de reconocimiento. La transgresión que se aduce a los derechos de grupos originarios, en aspectos culturales y tradicionales, conforme al artículo 2.2b del Convenio 169 de la OIT, lo es porque se represará el Río Grande de Terraba […].*

Se señala que no se está ante transgresión de normas, sino solo una petición del reconocimiento de la personalidad de un río, y es que la norma 2.2b del Convenio 169 de la OIT de lo que habla es del respeto de los aspectos culturales de pueblos originarios y claro que como se desarrolló, el Río Grande de Térraba es parte de su vida, sus tradiciones y cultura.

El reclamo viene expresamente porque al hacerse el embalse del proyecto hidroeléctrico, se cambiaría el uso del suelo cientos de hectáreas por inundación en una zona donde existen más de 100 sitios sagrados, conforme lo ha estudiado la Universidad de Costa Rica, y todo ello conllevaría por supuesto a un irrespeto a los aspectos bioculturales y, por tanto, la lógica de la Procuraduría no se justifica bajo ningún punto de vista.

La Opinión Consultiva OC-23-17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos obliga a observa y reinterpretar las realidades de forma novedosa al señalar:

> *43. Además, la Corte ha reiteradamente señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación dispuestas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.*

Por ello, en el fondo, notamos en el razonamiento de parte de los y las representantes de la Procuraduría, simplemente una excusa para descalificar la visión profunda de respeto a los aspectos culturales y tradicionales de pueblos originarios, aspecto muy lamentable.

El argumento para descalificar los derechos de la naturaleza es parte de la resistencia que el paradigma ecocéntrico enfrenta, puesto que es

más fácil decir que todo el asunto es etéreo o filosófico, que aceptar una realidad que llevaría a que un proyecto hidroeléctrico no se construya. Desconocer los aspectos culturales de pueblos originarios o deslegitimar y disminuir los planteamientos, tal y como se hace, reduciendo el fondo, tiene trazas incluso de xenofobia.

La acción de inconstitucionalidad no está resuelta, pero lo que dispongan los magistrados y las magistradas echará luz importante sobre estos temas.

Finalmente, reiteramos que, en 1949, los legisladores originarios no sabían nada del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y menos de los derechos humanos ambientales, ni se pensaba que había que proteger el ambiente y, aunque antes de introducir los párrafos segundo y tercero del artículo 50 en 1994, ya se habían emitido votos constitucionales con tono de protección ambiental, integrando el derecho a la vida previsto en el artículo 21 y el derecho al paisaje del numeral 89 constitucionales, nadie duda hoy en día que la modificación de la norma máxima no fuera una idea imperativamente necesaria, en aplicación al criterio de progresividad en nuestra Constitución.

En la misma línea, se podría señalar que hace 40 años no era necesario normar sobre el reconocimiento del derecho humano a tener una participación o información y gobernanza comunitaria en temas ambientales. Pero hoy en día, ello se hace obligatorio ante las falencias del sistema y las regresiones hechas por algunas personas juzgadoras y tan es así que varios Estados firmaron el Acuerdo Regional de Escazú, sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales que permitirá abrir muchas puertas cerradas[49].

Incluso nos atrevemos a decir que hace 30 años sonaba descabellado hablar de la inversión de la carga de la prueba en materia ambiental, por supuestamente transgredirse el principio de inocencia. Pero esta norma prevista en la Ley de la Biodiversidad es fundamental hoy en día para poder actuar en defensa de la biodiversidad.

Hace 25 años aún en las escuelas se enseñaba que el agua era un recurso inagotable, pero hoy sabemos que ello no es cierto y que, una vez contaminada, ya el cambio es prácticamente irreversible. Así incluso se debe eliminar el término de "recursos renovables" para cuando de vida silvestre se habla, puesto que muchas especies se han extinguido, sin incluso habernos dado cuenta de su desaparición y menos sabemos del rol de ellas en muchas cadenas tróficas.

Pero al igual que todo ello va cambiando mediante disposiciones innovadoras, los derechos de la naturaleza podrían sonar hoy en día para algunos como aspectos no necesarios o que es superfluo un reconocimiento, puesto igual se podrían disponer, sin modificar textos normativos, pero considero que trascender es fundamental, pues son pasos dirigidos a hacer cambios mayores en el futuro. Lo que ahora pueda ser pensado como innecesario, en 20 años llevará a cuestionar por qué nos habíamos tardado en el 2018 en disponerlo.

Reconocer los derechos de la naturaleza es algo vital, así como fundamental es tener la imaginación para aplicarlos de la mejor manera, para que nos permitan tener sentencias eficientes y eficaces.

No pensar en emitir leyes que implementen los derechos de la naturaleza nos mantiene y sostiene en las cavernas, apenas a unos siglos de diferencia del antiguo derecho romano, pues significa evitar normar conforme a las exigencias actuales y las tendencias internacionales.

Conclusiones

La cosificación de los animales y los ecosistemas existe y está aceptada incluso en el ordenamiento jurídico. Lo anterior no es un hecho reciente, sino que viene desde el pasado remoto tal y como se aprecia en el Código Civil.

No obstante, existen leyes como la de Conservación de la Vida Silvestre, la de Biodiversidad y la de Bienestar Animal, las cuales son de reciente data y subsisten en evidente contradicción con el Código Civil, y esto es un aspecto que limita el avance de los derechos de la naturaleza.

No es cierto que nuestro artículo 50 o el bloque de constitucionalidad ambiental nos permita avanzar abiertamente, dado que la visión sigue siendo antropocéntrica y, a pesar de los cambios que se reflejan en algunas sentencias, consideramos que hasta que se tenga una norma expresa, no veremos las transformaciones en forma sostenidas, a favor de los derechos de la naturaleza.

El derecho de los animales a ser considerados como un sujeto activo para un habeas corpus parece ser la opción más importante y cercana para abrir un reconocimiento a la personalidad jurídica de estos seres sintientes. Los ejemplos en el derecho comparado ya fueron comentados, y la normativa que permitiría sentencias en esa línea se tienen, aunque no exista una norma expresa. Los operadores de justicia serán quienes deberán perfilar a cuáles animales se les otorga este derecho, mientras se modifica al menos la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Respecto a los derechos de ecosistemas, existen más limitaciones para los animales, a la hora de reconocerles derechos, y cada caso deberá ser considerado por aparte. Es decir, se pueden reconocer sitios sagrados donde se tengan que mantener, por sus condiciones bioculturales, el respeto a las tradiciones de pueblos indígenas. Es fundamental tener claro que los derechos de la naturaleza son novedosos y están en construcción o elaboración. Lo más difícil de comprender es que estos derechos sobrepasan el mundo tradicional jurídico y, en ello, radica la dificultad de entender el muevo campo de estudio.

Entre los cambios necesarios para reconocer los derechos de la naturaleza, se requiere no solo de un tribunal especializado en derecho ambiental, de parte de las instancias judiciales, sino también de mecanismos procesales que permitan tomar acciones prontas. Y por supuesto, no se puede hacer el cambio paradigmático sin que exista una sociedad civil participante y vigilante que ejecute los fallos.

Se aprecia que existe la cuarta herida narcisista de muchos humanos que se niegan a reconocer los derechos de la naturaleza y esta es muy palpable y se ve reforzada por un inconsciente colectivo que data desde hace muchos siglos y que pulsa por mantener todo de la misma manera; es decir, sin un reconocimiento a que las diversas formas de vida y los ecosistemas no son cosas.

Referencias bibliográficas

Aftalion, E. Vilanova, J. (1992). Introducción al derecho. Argentina: Editorial Abeledo-Perrot.

Berros, V. Colombo, R. (2017). Miradas emergentes sobre el estatuto jurídico de los ríos, cuencas y glaciares. Rivista quadimestrale di diritto dell ambiente. Quaterly journal of environmental law, número 1. Italia

Bermúdez, P. (2017). Raíces de la actual relación hombre-fauna: representaciones de los animales no humanos en la experimentación de laboratorio. En libro La protección jurídica de los animales. México: Editorial Instituto de investigaciones jurídica de la UNAN. -Boff, L. (2002). Ecología: grito de la Tierra, grito de los pobres. Madrid: Editorial Trotta, p. 282.

Bunge, M. (1998). Sociología de la ciencia. Argentina: Editorial Sudamericana, p.171.

Brenes, A. (1981). *Tratado de los bienes*. Costa Rica: Editorial Juricentro.

Brenes, A. (1984). *Tratado de las personas*. Costa Rica: Editorial Juricentro.

Cabanellas, G. (1989). *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Tomo II, IV y V I. Argentina: Editorial Heliasta SRL.

De Baggis, F. (2015). *Solicitud de hábeas corpus para la orangután Sandra. Comentario a propósito de la Sentencia de la Cámara Federal de Casación Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,* del 18 de diciembre de 2014. Visible en: http://revistes.uab.cat/da/article/download/v6-n1-federico-de-baggis/107

Descartes, R. (2012). *Discurso del método*. España: Edaf.

Diccionario de la lengua española. (1988). España: Editorial Océano.

Dostoyepski, F. *Crimen y castigo*. Madrid: Editorial Edaf.

Freud, S. (2005). *Obras completas*. Volumen 16, conferencias de introducción al psicoanálisis, parte III 1916-1917. Madrid: Amorrortu Editores.

Gudymas, E. (2015). *Derechos de la naturaleza*. Argentina: Editorial Tinta Limón.

Kuhn, T. (1962). *La estructura de las revoluciones científicas*. España: Karios, p. 259.

Leff, E. Y Brañes, R. (1994). *Ciencias sociales y formación ambiental*. España: Editorial Gedisa. 321 p.

Martín Siano, J. (2018). Doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica. Derecho ambiental: hacia un panteísmo innecesario e inconveniente. *Revista de Derecho Ambiental*. Número 54, abril- junio.

Mora, E. (1998). Naturaleza quéherida mía. Costa Rica: Ambientico Ediciones.
Morato Leite, J. (2014). Derecho constitucional ambiental brasileño a la luz de una posmodernidad. Revista Catalana de Dret Ambiental. España 36. vol. V, número 1.

Oderigo, M. (1973). Sinopsis de derecho romano. Argentina: Ediciones Depalma.

Osorio, M. (1982). Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Argentina: Editorial Heliasta SRL.

Papa Francisco. (2015). Carta encíclica Laudato Si.

Peña, M. (2018). La revolución de los derechos humanos ambientales y de los derechos de la naturaleza. Visible en: http://dpicuantico.com/area_diario/doctrina-en-dos-paginas-diario-ambiental-nro-200-31-05-2018/

Peña, M. (2013). Hacia una nueva hermenéutica ambiental. México: Editorial Lex, Difusión y Análisis, año XII, diciembre 2013, número 222.

Sagot, A. (2014). El desarrollo sostenible en la jurisprudencia Constitucional. Costa Rica: Editorial Juricentro.

Sagot, A. (2016). "El derecho constitucional ambiental costarricense en momentos de un neoconstitucionalismo con enfoque biocéntrico". En el libro El derecho al ambiente en la constitución política alcances y límites. Costa Rica: Editorial Isolina S. A.

San Francisco de Asís. *Cántico del hermano sol o alabanzas de las criaturas*. Visible en http://www.franciscanos.org/esfa/cant.html

Santa Biblia. (1990). Gran Bretaña: Editorial Mundo Hispano.

Stone, C. 2009. "¿Los árboles deberían tener legitimidad procesal? Hacia un reconocimiento de los derechos legales de los objetos naturales" en: *Derecho ambiental y justicia social*. Bogotá; Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes.

-Rivero, I. (2017). *Enfoque ético y jurídico de la protección animal. En el libro La protección jurídica de los animales.* México: Editorial Instituto de investigaciones jurídica de la UNAN.

Zaffaroni, E R. (2011). *La Pachamama y el humano*. Argentina: Ediciones Madres Plaza de Mayo.

Notas al final

1 Señala la norma 50 constitucional: "El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes".

2 En esta ocasión, se hablará de derechos de la naturaleza y derechos de los animales como uno solo, a sabiendas incluso de la diferencia entre la corriente que desarrolla las ideas de los derechos de los animales y de la que trata el bienestar animal.

3 La personalidad jurídica es para todos los casos en este artículo, una abstracción creada por el derecho y se manifiesta en la capacidad para ser titular de un conjunto de derechos pertenecientes a un mismo ente.

4 La Ley de la Biodiversidad señala en su numeral 7, inciso 12: "Ecosistema: Complejo dinámico de comunidades de plantas, animales, hongos y microorganismos y su medio físico, interactuando como una unidad funcional".

5 Para Cabanellas (1989), las cosas inanimadas tienen entre otras características, la singularidad de que carecen de alma y a esta acepción es a la que hacemos referencia acá.

6 Señalaba Descartes (2012): "*[…] podemos conocer también la diferencia que hay entre los hombres y los animales; porque, cosa muy notable, no haya hombres tan embrutecidos ni tan estúpidos, incluyendo los insensatos, que no sean capaces de combinar diversas palabras y formar un discurso mediante el cual hagan entender sus pensamientos y que, por lo contrario, no haya ningún animal, por perfecto y afortunado que pueda ser, que haga lo mismo. Esto no resulta de que les falten órganos, porque se ve que los loros pueden proferir palabras lo mismo que nosotros… y esto no atestigua solo que los animales tienen menos razón que los hombres, sino que carecen absolutamente de ella […] su alma es de una naturaleza completamente diferente a la nuestra […]*".

7 Esta es una figura retórica o un recurso literario mediante el cual les atribuimos condiciones humanas a objetos que no la tienen.

8 El artículo 7, inciso 2, de la Ley de la Biodiversidad define el término biodiversidad así: "*Biodiversidad: Variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, ya sea que se encuentren en ecosistemas terrestres, aéreos, marinos, acuáticos o en otros complejos ecológicos. Comprende diversidad dentro de cada especie, así como entre las especies y los ecosistemas de los que forma parte. Para los efectos de esta ley, se entenderán como comprendidos en el término biodiversidad, los elementos intangibles, como son: el conocimiento, la innovación y la práctica tradicional, individual o colectiva, con valor real o potencial asociado a recursos bioquímicos y Genéticos, protegidos o no por los sistemas de propiedad intelectual o sistemas sui generis de registro*".

9 Señala Cavanellas (1989): "*Entre los romanos […] las personas son el primer objeto del derecho, porque toda ley se ha establecido por causa de ellas (Omne ius personarum causa contitutum est); y de aquí es que los institutistas, siguiendo el orden de Justiniano, tratan primero las personas, luego de las cosas y después de las acciones*".

10 La norma 31 establece: "*La existencia de la persona física principia al nacer viva y se reputa nacida para todo lo que la favorezca desde 300 días antes de su nacimiento. La representación legal del ser en gestación corresponde a quien la ejercería como si hubiera nacido y en caso de imposibilidad o incapacidad suya, a un representante legal*".

11 En su artículo 20, el Código de Comercio indica que se reconoce que las sociedades inscritas tienen personería. Pero incluso también existe la variante del reconocimiento para el mundo jurídico de las sociedades de hecho, en el artículo 23 de ese cuerpo normativo.

12 Es importante ver que ya en la Constitución de Ecuador existe desde el 2008 la disposición 78 que expresamente ha reconocido de los derechos de la naturaleza o Pachamama. Y también está el caso de Bolivia, cuando por medio de una ley habla del *sumak kawsa* o buen vivir.

13 Tal y como ha ocurrido en Argentina o Colombia.

14 Como existe en Colombia, India o Nueva Zelanda.

15 Independientemente de que las acciones se generen por seres humanos como accionantes procesales. Muchos humanos tienen curadores o tutores que los representan en procesos.

16 Un ejemplo de este cambio paradigmal se aprecia el principio de inversión en la carga de la prueba, como está establecido en el artículo 109 de la Ley de la Biodiversidad que señala expresamente: "*La carga de la prueba, de la ausencia de contaminación, degradación o afectación no permitidas, corresponderá a quien […] se le acuse de haber ocasionado daño ambiental*". ¿Acaso ello no rompió con el clásico principio constitucional de inocencia que está dispuesto de forma expresa en decenas de Constituciones Políticas?

17 Para Boff, la interdependencia/religación/autonomía relativa significa que todos los seres: "[…] *están interligados y por ello siempre religados entre sí, el uno necesita del otro para existir. En razón de este hecho existe una solidaridad cósmica de base. Pero cada uno goza de una autonomía relativa y posee sentido y valor en sí mismo*".

18 Peña señala: "[…] *vale la pena retomar e impulsar la atrevida postura de GONZALEZ BALLAR de cambiar el criterio de la jerarquía de las fuentes al interpretar en el derecho ambiental, donde lo esencial es que una norma o un principio sea más importante para lograr la solución del problema o conflicto, no importa si viene de un reglamento o principio de soft law, al momento de su aplicación al caso concreto. Un primer paso hacia su consolidación lo encontramos plasmado en la Ley General de Administración Pública cuando dispone que las fuentes no escritas llegan a obtener el rango jerárquico de la norma que interpretan, integran o delimitan ostentando el rango de ley en el tanto suplan la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulan el derecho administrativo*".

19 Señala Freud: "*En el curso de los tiempos, la humanidad ha debido soportar de parte de la ciencia dos graves afrentas a su ingenio amor propio. La primera, cuando se enteró de que nuestra Tierra no era el centro del universo, sino una ínfima partícula de un sistema cósmico apenas imaginable en su grandeza. Para nosotros, esa afrenta se asocia al nombre de Copérnico, aunque ya la ciencia alejandrina había proclamado algo semejante. La segunda, cuando la investigación biológica redujo a nada el supuesto privilegio que se había conferido al hombre en la Creación, demostrando que provenía del reino natural y poseía una inderogable naturaleza animal…Una tercera y más sensible afrenta, empero está destinada a experimentar hoy la manía humana de grandeza por la obra de la investigación psicológica; esta pretende demostrarle al yo que ni siquiera es el amo en su propia casa, sino que depende de una mezquinas noticias sobre lo que ocurre inconscientemente en su alma […]*".

20 Enrique R. Aftalión y José Villanova señalan en su obra *Introducción al derecho* (1992): "[…] *Aristóteles, con el peso de su autoridad, sostuvo que hay ciertos hombres inferiores por naturaleza, por lo cual estaban destinados a obedecer. Y si aquellos que estaban destinados a obedecer se resistían a hacerlo, podían ser cazados como fieras salvajes por los hombres destinados a mandar*".

21 Eduardo Mora (1998) nos explica lo que es un mito al señalar: "*El mito es una condensación (véase que no es una síntesis) de los elementos que el concepto agrupa. Al mito le resulta más fácil movilizar gente debido a la deformación y opacidad que da al concepto en que se basa y ahí reside su efectividad. El mito no es malo ni bueno, es inevitable y cumple una función social [...]*".

22 Génesis es una palabra griega que significa origen, nacimiento o creación.

23 En el poema, *Cántico del hermano sol* o *Alabanza de las criaturas*, San Francisco de Asís expresaba: "*Loado seas, mi Señor, con todas tus criaturas, especialmente el señor hermano sol, el cual es día, y por el cual nos alumbras […] Loado seas, mi Señor, por nuestra hermana la madre tierra, la cual nos sustenta y gobierna, y produce diversos frutos con coloridas flores y hierba […]*".

24 Recordemos que, en Costa Rica, mediante a una modificación a la Ley de Conservación de la Vida Silvestre (Ley N.° 9106 del 20 de diciembre de 2012. ALC# 75 a LG# 78 del 24 de abril de 2013) se prohibió la caza de la vida silvestre salvo para ejercer funciones de control poblacional o por subsistencia o con fines culturales. Propiamente la norma 14 señala: "*El Estado, por medio del Sinac y demás autoridades competentes, regulará las siguientes actividades: a) Caza: Se prohíbe la caza de vida silvestre excepto en los casos en que, con base en los estudios*

técnico-científicos, esa práctica se requiera para el control de especies con altas densidades de población que atenten contra su propia especie, otras especies silvestres o la estabilidad misma del ecosistema que las soporta. La caza deportiva queda totalmente prohibida, únicamente será permitida la caza de control y la caza de subsistencia. b) Colecta: Se prohíbe la colecta de vida silvestre salvo cuando su destino sea un sitio de manejo legalmente establecido para la reproducción con fines de conservación, investigación, educación, reintroducción o comerciales. El Sinac determinará cuáles especies serán objeto de estudios poblacionales para establecer el plantel parental para centros de reproducción autorizados. c) Extracción: Se prohíbe la extracción de vida silvestre salvo cuando su destino sea un sitio de manejo legalmente establecido para la reproducción con fines de conservación, reintroducción o comerciales. El Sinac determinará cuáles especies serán objeto de estudios poblacionales para establecer el plantel parental para centros de reproducción autorizados. d) Tenencia: Se prohíbe la tenencia en cautiverio de vida silvestre salvo cuando provenga de un sitio de manejo legalmente establecido para la reproducción con fines de conservación, reintroducción o comerciales […]".

25 Ley N.° 7317 del 30 de octubre de 1992.

26 Respecto a ello se presentó un recurso de amparo y conforme la resolución constitucional n.° 2015002307, se dispuso en lo que interesa que se debía: "*[…] ejecutar las acciones que estén dentro del ámbito de su competencia para que dentro del plazo de DOCE MESES contado a partir de la notificación de esta sentencia, se determinen las especies de organismos marinos y de acuicultura que podrán explotarse comercialmente* […]".

27 Ley N.° 7788 del 30 abril de 1998.

28 Ley N.° 7416.

29 Ley N.° 7451, 1994.

30 Artículo 48.- "Toda persona tiene derecho al recurso de habeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales […]".

31 Ley N.° 7135 del 11 de octubre de 1989.

32 En Costa Rica, en el expediente tramitado ante la Sala Constitucional número 16-016254-0007-CO, se tramitó, por primera vez, en la historia el caso a favor del león Kibú, pero los magistrados constitucionales lo manejaron como un recurso de amparo y finalmente lo declararon sin lugar, por falta de interés actual, puesto que el felino fue trasladado por enfermedad fuera de la jaula donde estaba en el zoológico a un sitio más amplio, en un refugio de vida silvestre antes de que se conociera por el fondo el asunto. Días después falleció.

33 Ley N.° 6703.

34 El punto 210 y el 212 de Río + 20 señalan: 210: *Reconocemos que los beneficios derivados de las regiones montañosas son esenciales para el desarrollo sostenible. Los ecosistemas montañosos desempeñan un papel crucial al proporcionar recursos hídricos a una gran parte de la población mundial; los ecosistemas montañosos frágiles son especialmente vulnerables a los efectos adversos del cambio climático, la deforestación y la degradación de los bosques, el cambio del uso de la tierra, la degradación del suelo y los desastres naturales, y los glaciares montañosos de todo el mundo están retrocediendo y disminuyendo de grosor, con efectos crecientes en el medio ambiente y el bienestar humano.*" 212: "*Pedimos que se hagan mayores esfuerzos para conservar los ecosistemas montañosos, incluida su biodiversidad. Alentamos a los Estados a que adopten una visión a largo plazo y enfoques holísticos, en particular mediante la incorporación de políticas específicas para las montañas en las estrategias nacionales de desarrollo sostenible […]*".

35 Octavo Foro Mundial del Agua, Brasilia (Brasil). 21 de marzo de 2018.

36 Dentro de las áreas silvestres protegidas en Costa Rica, a través de planes generales de manejo, se podrían crear administrativamente sitios a respetar.

37 Publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal del 26 de febrero de 2002, última reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 18 de diciembre de 2014.

38 Señala al respecto Macaya (2018): "*Este artículo, en su momento calificado de provocador, es considerado actualmente la referencia originaria de toda una serie de movimientos que se han desarrollado a partir del Siglo XXI y que buscan cambiar las reglas del juego en los procesos contenciosos reconociéndole personalidad jurídica a entidades no humanas […].*

39 Es importante señalar que no pretendemos hacer un recuento detallado de los casos presentados y lo resuelto en las situaciones que se comentaran, pero sí valen para comentar los argumentos que se generan en doctrina y en resoluciones para que ello sea tomado como fundamentos en futuros casos.

40 Cecilia sí pudo llegar al santuario brasileño de Sorocaba.

41 La ST 4300-2018, resolución número 11001-22-03-000-2018-00319-01.

42 La norma 21 señala: La vida humana es inviolable. Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha señalado por ejemplo: "*La vida humana sólo es posible en solidaridad con la naturaleza que nos sustenta y nos sostiene, no sólo para alimento físico, sino también como bienestar psíquico: constituye el derecho que todos los ciudadanos tenemos a vivir en un ambiente libre de contaminación, que es la base de una sociedad justa y productiva*". Sentencia 3705-93

43 La norma 89 expone: "Entre los fines culturales de la República están: proteger las bellezas naturales […]". La jurisprudencia constitucional explica por ejemplo: "*Es a partir de los artículos 50 y 89 constitucionales que se genera una obligación para el Estado de proteger el entorno en el que se desarrolla la vida de la población de la nación, y que abarca estos dos ámbitos: lo natural y lo urbano; de manera que la tutela del patrimonio cultural, y más específico, del patrimonio histórico-arquitectónico, se ubica dentro de las regulaciones de orden urbanístico. Es en atención a las anteriores consideraciones que bien puede afirmarse que la conservación del patrimonio cultural contribuye a mantener el equilibrio ambiental necesario en el desarrollo urbano, al requerir, para su efectiva tutela, el respeto de la escala, la estructura y el dimensionamiento urbanos, regula la capacidad de cargas físicas, cuestiona las funciones y servicios urbanos, lo cual da como resultado, una mejor calidad ambiental; además de que contribuye a mantener la imagen propia o concurrencia perceptiva de la ciudad, lo que le da identidad o cohesión formal*". Sentencia 3656-03.

44 Por ejemplo, nuestro Código Civil señala al respecto de las interpretaciones: artículo 10: "*Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas*". Pero sobre esto como es claro de la norma citada, no existe la pureza interpretativa a la hora de hacer una ponderación de factores en un caso concreto, y ya sea considerando el significado de una palabra, una coma, el momento histórico desde una persona poco sensibilizada en temas ambientales, etcétera, somos del criterio, que siempre el operador de justicia tendrá un gran margen subjetivo para definir el punto en conflicto. Peña (2014) nos reconoce este subjetivismo interpretativo y falta de eficacia a la hora de resolver cuando nos señala: "El mayor problema actual del derecho ambiental es su falta de eficacia, existiendo claras falencias en su aplicación y cumplimiento, a tal punto que en palabras de OJEDA MESTRE, se trata de un derecho que padece de raquitismo de eficiencia. Ante esta realidad el operador jurídico deberá flexibilizar las normas que en su aplicación, no sirvan para dar respuesta rápida, real, y efectiva a las diversas situaciones que se presentan frente a los desafíos ambientales de nuestro tiempo. Por ello, el aplicador del derecho se encuentra ante a un reto de inteligencia, creatividad y decisión para escoger y adoptar la vía más adecuada para cumplir con las obligaciones y fines que impone el nuevo orden público ambiental".

45 Recordemos que la Ley de la Jurisdicción Constitucional (Ley N.º 7135 del 11 de octubre de 1989) señala en su artículo 13: "*La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma*".

46 Rivero señala (2017): "*Los que creen en los derechos de los animales, creen que el animal tiene el derecho natural a vivir. Buscan establecer derechos básicos para los animales y detener su dominación y explotación por parte de los humanos. Aquellos que creen en el bienestar de los animales, tienden a aceptar el uso que los humanos hacen de los animales, siempre y cuando ese uso sea humanitario, tratando en lo posible de propiciar el buen trato y protección*".

47 El especismo es discriminación de los animales por considerarlos especies inferiores y es un reflejo claro de una visión antropocéntrica.

48 Sobre esto debe saberse que, para la lagarteada del 2017, el cocodrilo murió, pues al tener amarrado su hocico no pudo vomitar y se ahogó. Para el 2018, se prohibió totalmente el evento, pero la comunidad siempre lo realizó.

49 Véase que, por ejemplo, en el 2017, la Sala Constitucional había señalado que la participación ciudadana en materia ambiental no era un derecho humano reconocido por nuestra Constitución al disponer: "*No resulta posible extraer del texto fundamental y de los instrumentos de Derechos Humanos un supuesto derecho a la participación que rija de manera incondicional para la adopción de cualquier o toda decisión administrativa fundamental … En razón de lo expuesto, no resulta posible hablar, desde una perspectiva constitucional o convencional, de un derecho perfecto a la participación [….]*". (Voto número 2017001163).

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 125, págs 103-125 ISSN 2215-2385 / diciembre 2018

ABORDAJE DEL CONFLICTO PENAL JUVENIL A LA LUZ DE LA JUSTICIA PENAL JUVENIL COSTARRICENSE

*LL.M. Alonso Salazar Rodríguez**
luis.salazar@ucr.ac.cr

De todas las ramas del derecho, el derecho penal es, tal vez, el que más se asocia a la soberanía y al monopolio del Estado sobre los medios legítimos de la violencia, y por lo general sólo a algunos organismos del Estado[1].

Jonathan Simon

Mientras anteriormente la personalidad o las relaciones sociales del individuo fueron el objeto de los intentos de transformación, el blanco ahora es la conducta delictiva y los hábitos más estrechamente conectados a ella. El objetivo inmediato ya no es mejorar la autoestima del delincuente, desarrollar la capacidad de discernimiento o prestar servicios centrados en el cliente, sino imponer restricciones, reducir el delito y proteger al público[2].

David Garland

Recibido 9 de mayo de 2018 **Aprobado 16 agosto 2018**

RESUMEN

El presente trabajo aborda el tema del conflicto penal juvenil y su regulación dentro del sistema penal costarricense. El texto cuenta con un estudio histórico del desarrollo de la delincuencia en menores de edad tanto a nivel internacional como nacional. Se centra en un análisis sobre la justicia restaurativa y la implementación que esta tiene en Costa Rica, especialmente en la imposición de sanciones no privativas de libertad, sus beneficios y resultados para los y las delincuentes menores de edad en cuanto a la permisión del desarrollo de su personalidad. El análisis propuesto brinda la posibilidad de reflexión acerca de las medidas sancionatorias aplicadas a los y las delincuentes juveniles y la importancia de su carácter restaurador.

Palabras clave: *Conflicto penal juvenil, menor de edad, justicia penal juvenil en Costa Rica, pena, justicia restaurativa, sanción.*

ABSTRACT

This article addresses the topic of juvenile criminal conflict and its regulation in Costa Rica´s penitentiary system. The text counts with a historical study of the development of underage delinquency both internationally and nationally. It is centered on an analysis of restorative justice and its implementation in Costa Rica, especially on the imposition of sanctions that do not deprive of freedom, its benefits and result in the for underage criminals in reference to the development of personality that they allow. The proposed analysis provides the possibility to reflect on the punitive measures applied on juvenile offenders and the importance of its restorative characteristic.

Keywords: *Juvenile criminal conflict, underage, juvenile punitive justice in Costa Rica, penalty, restorative justice, sanction.*

---

* Profesor Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal Universidad de Costa Rica. Bachiller Licenciado en Derecho y Especialista en Derecho Penal por la Universidad de Costa Rica. LL. M. en Derecho Penal y Civil por la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, República Federal de Alemania. Máster en Sociología Jurídico-penal por la Universidad de Barcelona. Especialista en Ejecución Penal por la Universidad de Barcelona.

1) *La persona menor de edad en conflicto con la ley. Planteamiento del problema*

Pretender establecer una definición exacta de lo que debe entenderse por "conflicto" sería una osada tarea. En general, existe una infinidad de conflictos donde se desarrolla una diversidad de relaciones interpersonales. Empero, en este caso en concreto, se comprenderá que un "conflicto penal juvenil" es aquel que involucra a una persona menor de edad[3] en relación con la infracción de una norma penal y, por lo tanto, en perjuicio de una víctima. Así ante tal situación se activa la intervención de la Justicia Penal Juvenil para la solución de dicho conflicto.

En relación con el abordaje de esta conflictividad, se ha determinado que se puede presentar en dos estadios, uno inicial, en donde lo que se procura es alcanzar un acuerdo entre las partes y dar por terminado el conflicto, y uno secundario, en donde si no alcanza una óptima conciliación, se recurre a la imposición de una sanción que, en el caso del derecho penal juvenil, se procura que sea lo menos nociva para la persona menor de edad. Ahora bien, pese a que existe un consenso entre las personas expertas en que la mejor manera de combatir la delincuencia juvenil no es con la imposición de sanciones o alternativas a estas[4], sino por medio de la prevención y de una política social y educacional[5]. Es claro que esto no siempre se alcanza y es, por ello, que a continuación se realiza un análisis de los abordajes del conflicto, ut supra indicados, a la luz de la justicia penal juvenil en Costa Rica.

2) *Breve reseña del desarrollo de la justicia penal juvenil en Costa Rica*

Los menores han tenido siempre relación con los Tribunales de Justicia, de una manera u otra, pero históricamente es sólo desde finales del siglo XIX, en los Estados Unidos[6] y de una forma más generalizada en Europa a principios del siglo XX que es cuando se habla de una jurisdicción de menores con entidad propia[7].

Los tribunales de menores fueron creados para que los niños dejaran de ser juzgados como los adultos y obligados a cumplir las sentencias en las cárceles ordinarias. Se consideró que el niño era un ser en formación más necesitado de ayuda y de ser corregido que de ser castigado. La responsabilidad del menor se veía de una manera muy limitada. En lugar de cárceles, se consideraron más oportunos los reformatorios, donde debían aprender un oficio[8].

De este punto de partida, se ha ido evolucionando a través de la historia, hasta los modelos más modernos de enjuiciamiento de menores, los que hoy en día, responden prácticamente en un todo a principios y presupuestos propios y acordes con los instrumentos internacionales de derechos humanos que protegen a las personas menores de edad.

El caso costarricense. La Ley de Justicia Penal Juvenil costarricense es el resultado de un programa regional auspiciado por el ILANUD (Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente) y la Unión Europea. El programa se desarrolló en diez países de la región[9], con acciones de investigación, capacitación y asistencia técnica destinadas a promover la adecuación de los sistemas de justicia penal juvenil a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y a otros instrumentos internacionales específicos, a saber: las Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Pekín), las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD)[10].

Costa Rica, siguiendo la orientación de la mayoría de los países latinoamericanos, promulgó en 1963 la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores, reformada en 1994, cuya orientación se ajusta al llamado modelo tutelar de la justicia de

menores. En este modelo de justicia, la persona menor de edad es considerada sujeto pasivo de intervención jurídica, no se le reconocen las garantías propias del derecho penal de adultos, el proceso se desarrolla básicamente en forma inquisitiva, y el juez o la jueza tiene un doble carácter, como acusador o acusadora y como órgano decisorio. El menor es visto como un objeto de protección, incapaz, necesitado de medidas de tutela, de asistencia[11].

Se señaló en su momento que la entrada en vigencia de la Ley de Justicia Penal Juvenil en el mundo jurídico y el cambio de paradigma que ella implica requieren igualmente un cambio de mentalidad en los y las profesionales que trabajan con personas menores de edad delincuentes en Costa Rica: si el espíritu tutelar y la legislación anterior pretendían motivar al trabajo psicológico y social con las personas menores sometidos a la jurisdicción tutelar, el espíritu garantista-punitivo de la vigente Ley debe promover un tipo de práctica procesal y de ejecución penal que, sin olvidar otros abordajes, pero con una sana separación de ellos, inicie el seguimiento de una ideología garantista, acorde con los lineamientos republicanos que nuestra Constitución señala para el derecho punitivo[12].

Los principios rectores de la Ley de Justicia Penal Juvenil[13] se encuentran taxativamente estipulados en el mismo articulado de la Ley:

> *ARTÍCULO 7.- Principios rectores. Serán principios rectores de la presente ley, la protección integral del menor de edad, su interés superior, el respeto a sus derechos, su formación integral y la reinserción en su familia y la sociedad. El Estado, en asocio con las organizaciones no gubernamentales y las comunidades, promoverá tanto los programas orientados a esos fines como la protección de los derechos e intereses de las víctimas del hecho.*

En el derecho penal juvenil, se parte de la consideración de que la personalidad se forma, decisivamente, en las etapas de la infancia y la adolescencia, por lo que existe necesidad de influir positivamente en el desarrollo de la personalidad. Se agrega a ello que el moderno derecho penal juvenil descansa en general en el criterio de que la capacidad de culpabilidad de los seres humanos es el resultado de un largo proceso de socialización y desarrollo[14].

Asimismo, a diferencia del derecho penal común no existe una determinada sanción para un delito en concreto, sino que el juez o la jueza penal juvenil tiene una gran libertad en la elección de la medida. En la sentencia, apreciará de modo flexible no solo la prueba y la valoración jurídica de los hechos, sino especialmente la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés de la persona menor de edad. Deberá motivar la sentencia expresando con detalle las razones por las que aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de esta a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor[15].

En cuanto al ámbito de aplicación de la Ley de Justicia Penal Juvenil, esta resulta de aplicación a todos aquellos menores de edad, comprendidos en edades entre los 12 y los 18 años[16]. Incluso, resultan de aplicación las normas de esta ley, a aquellos mayores de edad que hayan alcanzado la mayoridad durante el procedimiento penal o en los supuestos en que al mayor de edad, se le acuse con posterioridad al haber alcanzado la mayoridad, por hechos cometidos durante la minoridad[17].

En lo relativo a los hechos que constituyan delito o contravención cometidos por menores de doce años de acuerdo con la Ley de Justicia Penal Juvenil, no es aplicable el derecho penal juvenil, sino son de conocimiento del Patronato Nacional de la Infancia quien debe dar la atención y seguimiento necesarios. Se establece, sin embargo, que si las medidas administrativas que dicta la mencionada institución conllevan restricción de la libertad ambulatoria, deberán ser consultadas al juez o la jueza de ejecución penal juvenil, quien también las controlará[18].

De la misma manera, la Ley de Justicia Penal Juvenil conforma dos grupos etarios, claramente determinados. Un primer grupo, conformado por aquellos menores de edad, cuyas edades se ubiquen entre los 12 y 15 años, y aquellos menores de edad, cuyas edades se sitúan entre los 15 y los 18 años de edad.

Para dicha distinción se parte del diferente grado desarrollo de la personalidad que tienen los niños y las niñas que se encuentran en cada uno de esos grupos, que determina una menor culpabilidad de los mayores de doce y los menores de quince años y además una mayor necesidad del componente educativo del derecho penal juvenil y de evitar el carácter criminalizante de la sanción[19].

La misma exposición de motivos de la ley señala: El objetivo de esta división es diferencia, para la aplicación de la ley, entre los sujetos de acuerdo con su grado de madurez. De esta forma, se presume que un adolescente se encuentra en un nivel de desarrollo de su personalidad inferior al de un joven, por lo que se le debe brindar un trato menos criminalizante[20].

Desde el punto de vista procesal, la división en grupos etarios ut supra indicada tiene consecuencias importantes. El artículo 59 establece una limitación a la prisión preventiva del menor de 15 años aún más restrictiva que para el mayor de 15 años[21]. De igual forma, se le da un trato diferenciado y más benevolente al menor de 15 años y mayor de 12 con respecto al plazo máximo de duración de la pena[22].

Adicionalmente, debe rescatarse que, en el modelo de justicia penal juvenil costarricense, se procura en primera instancia la aplicación de un criterio de oportunidad reglado, o de alguna forma anticipada de conclusión del proceso, como la conciliación, la suspensión del proceso a prueba[23] y la reciente justicia restaurativa. Únicamente habiéndose fracasado en la utilización de alguna de esas alternativas es que se recurre a la aplicación de sanciones como última ratio. Existen tres tipos de sanciones, las cuales pueden ser impuestas por el Juez penal juvenil en su orden: las sanciones socioeducativas, las órdenes de orientación y supervisión y las sanciones privativas de libertad[24].

Las fórmulas primarias de solución al conflicto penal juvenil que tradicionalmente se han aplicado son las ya mencionadas, conciliación y suspensión del proceso a prueba. Sin embargo, en los últimos años en el modelo de justicia penal juvenil costarricense, se ha realizado una amplia campaña de promoción y utilización de la justicia restaurativa. Es por ello, que en esta ocasión, se centra su atención en su estudio.

3. *Abordaje mediante la justicia restaurativa*

En noviembre de 2010, mediante la sesión n.º 34-10 de la Corte Plena del Poder Judicial de Costa Rica, se aprobó la "Política Judicial dirigida al Mejoramiento del Acceso a la Justicia de las Niñas, Niños y Adolescentes en Costa Rica", suscrita por la Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia con el apoyo de UNICEF, a través de la cual se consideró a la justicia restaurativa como uno de los instrumentos adecuados para acceder a los servicios alternativos o complementarios al proceso judicial.

Dentro de dicho plan de acción, se propone lo siguiente:

> *f. JUSTICIA RESTAURATIVA Y RESOLUCIÓN ALTERNA DE CONFLICTOS. Propiciar e incluir en las iniciativas y programas de resolución alterna de conflictos y de justicia restaurativa la perspectiva de derechos de la niñez y adolescencia, de forma tal que la prestación de estos servicios tenga como eje el enfoque de derechos y atención amigable y sensible a los intereses de los niños, niñas y adolescentes. Desarrollar e implementar en aquellos procesos en*

que participen personas menores de edad y que las disposiciones legales así lo permitan, mecanismos o procedimientos de resolución alterna de conflictos, círculos de paz y reuniones restaurativas, entre las principales, partiendo de que estos mecanismos favorecen resoluciones donde se da participación directa de las personas menores de edad en condiciones más democráticas, equitativas y acorde a sus intereses. Estos mecanismos deben buscar soluciones integrales a los conflictos que aquejan a estas personas[25].

Asimismo, en febrero de 2011 mediante la sesión n.° 4-11, artículo XV, de la misma Corte Plena, en una consecución de la Política indicada, se aprueban las "Políticas del Derecho al Acceso a la Justicia para Personas Menores de Edad en Condiciones de Vulnerabilidad Sometidos al Proceso Penal Juvenil en Costa Rica". En esta oportunidad, dentro de su Plan de Acción, se establece:

C. Uso de medios alternativos de resolución de conflictos, de soluciones alternativas y de sanciones alternativas distintas a la privación de libertad 1. Los jueces y las juezas que conocen de la materia Penal Juvenil promoverán y facilitaran el uso de soluciones alternativas en todos los casos en que las mismas resulten necesarias proporcionales e idóneas, y en todo deben tener presente que la privación de libertad es excepcional y por el menor tiempo posible. 2. El Departamento de Trabajo Social y Psicología en asocio del Departamento de Comunicación y Prensa promoverá a nivel de la comunidad la Justicia Restaurativa en el campo Penal Juvenil. 3. La Escuela Judicial capacitará a Jueces, Fiscales y Defensores penales juveniles en materia de conciliación, reparación integral del daño y de suspensión del proceso a prueba. En todo caso, deberá tenerse presente la recomendación número cuarenta y cuatro de las Reglas de Brasilia, que dice: "En todo caso, antes de iniciar la utilización de una forma alternativa en un conflicto concreto, se tomarán en consideración las circunstancias particulares de cada una de las personas afectadas, especialmente si se encuentran en alguna de las condiciones o situaciones de vulnerabilidad contempladas en estas Reglas. Se fomentará la capacitación de los mediadores, árbitros y otras personas que intervengan en la resolución del conflicto.

Finalmente, en el año 2012, la magistrada de la Sala Tercera Corte Suprema de Justicia, Dra. Doris Ma. Arias Madrigal junto con la ayuda de M. Sc. Ana Yancie Umaña Moreira propone un Programa de Justicia Restaurativa en Materia Penal Juvenil, el cual se fundamenta en el Programa de Justicia Restaurativa para el Poder Judicial aprobado por el Consejo Superior de la Corte Suprema de Justicia en la sesión n.° 85-11, celebrada el 06 de octubre de 2011.

Dicho Programa inició como un plan piloto en el primer semestre del 2012. La primera etapa de la aplicación de este Programa se enfocó en la materia penal de adultos con ubicación en el Primer Circuito Judicial de San José, donde igualmente intervienen el Ministerio Público y Oficinas como la de Sanciones Alternativas y Justicia Restaurativa, de Defensa Civil de la Víctima, de Atención y Protección de la Víctima del Delito y la Defensa Pública[26].

Sin embargo, en la actualidad se ha extendido su utilización en la materia penal juvenil adaptándose a las exigencias de esta en cuanto a la protección especial de los derechos de las personas menores de edad.

Precisamente los tres proyectos o subprogramas que se contemplan en este programa son: Justicia Restaurativa en Materia Penal, Justicia Restaurativa en Materia Penal Juvenil y Justicia Restaurativa bajo el modelo de Programa de Tratamiento en Drogas bajo Supervisión Judicial.

La aplicación de este Programa no requirió de reformas legislativas, sino que se trabajó sobre la base normativa existente, aplicando los institutos procesales alternativos en las causas donde es posible la aplicación del criterio de insignificancia. Se apoyó en las Circulares Administrativas 06-ADM-2012[27], 08-ADM-2012[28] y 12-ADM-2012[29], emitidas todas por el fiscal general de turno, Jorge Chavarría Guzmán, y de acatamiento obligatorio para todos las y los fiscales bajo su mando, de conformidad con los artículos 1, 13, 14 y 25 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Tampoco requirió de una gran inversión económica, pues lo que se hizo fue aprovechar de forma racional y eficiente los recursos ya existentes en el Ministerio Público.

Ahora bien, merece la pena analizar algunos de los resultados de la implementación de esta nueva política que promueve la utilización de la justicia restaurativa y su importancia en la solución del conflicto penal juvenil, ya que, en la mayoría de las oportunidades, evita la imposición de una sanción que podría afectar la libertad, la educación o el desarrollo adecuado de la persona menor de edad.

Dentro de los pocos resultados que hasta la fecha se han podido registrar, debido a lo novedoso del programa, se tiene que de los casos tramitados a octubre del 2013: "la ejecución de los planes reparadores ha impactado en la comunidad de San José y Pavas a través del servicio comunal que brindan las personas imputadas, lo que ha representado 3272 horas de servicio a la comunidad"[30].

Además, en la "intervención terapéutica se ha coordinado la atención de personas imputadas con el Instituto de Alcoholismo y Farmacodependencia (IAFA) sumando un total de 64 horas y 15 días de internamiento (Salvando al Alcohólico)".

Algunas instituciones pertenecientes a la red y otras en proceso de serlo han brindado 1361 horas en charlas socioeducativas a personas imputadas dentro de las cuales se encuentran aquellas coordinadas con el Centro Nacional de Rehabilitación (CENARE), el Ministerio de Justicia y Paz, con el Programa Armas n.º [31].

Por último, entre las conclusiones de la evaluación, se señala que pese a que se atendieron pocos casos, cabe destacar que, en lo relativo al gasto público, el método restaurativo lleva ventaja respecto del tradicional, puesto que, en este último, se debe contemplar toda la fase jurisdiccional y en caso de que corresponda la reclusión de la persona condenada en un centro penitenciario.

Además, debe tenerse presente que, en el caso de la justicia restaurativa, se aprecia una valoración no solo de carácter cuantitativo, sino también se evalúan otros beneficios obtenidos como el tiempo de respuesta y la reinserción de las personas procesadas a la sociedad, muchas de ellas son contratadas en los lugares donde tuvieron que realizar su servicio comunitario.

De este modo, es claro que la aplicación de los métodos de justicia restaurativa en la solución del conflicto penal juvenil favorece en mayor medida la toma de conciencia de la persona menor de edad de su acto delictivo, de la responsabilidad que debe asumir de este, pues uno de los requisitos para adscribirse a este programa es reconocer la autoría o participación en el hecho, y una menor afectación del desarrollo y estigmatización de la persona menor de edad. Así como actuales operadores jurídicos, debamos procurar la aplicación de este tipo de alternativas ante la resolución del conflicto.

4) Abordaje secundario mediante la imposición de sanciones

El principio fundamental en la fijación y ejecución de las sanciones penales juveniles es el educativo. Ese principio se encuentra taxativamente regulado en el artículo 123 de la Ley al indicar "Las sanciones señaladas deberán tener una finalidad primordialmente educativa y aplicarse[32], en su caso, con la intervención de la familia y el apoyo de los especialistas que se determinen"[33].

Los tres tipos de sanciones contempladas en la Ley de Justicia Penal Juvenil son:

1) Sanciones socio-educativas. Se fijan las siguientes:

   a) Amonestación y advertencia.
   b) Libertad asistida.
   c) Prestación de servicios a la comunidad.
   d) Reparación de los daños a la víctima.

2) Órdenes de orientación y supervisión. El juez penal juvenil podrá imponer las siguientes órdenes de orientación y supervisión:

   a) Instalarse en un lugar de residencia determinado o cambiarse de él.
   b) Abandonar el trato con determinadas personas.
   c) Eliminar la visita a bares y discotecas o centros de diversión determinados.
   d) Matricularse en un centro de educación formal o en otro cuyo objetivo sea enseñarle alguna profesión u oficio.
   e) Adquirir trabajo.
   f) Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicos que produzcan adicción o hábito.
   g) Ordenar el internamiento del menor de edad o el tratamiento ambulatorio en un centro de salud, público o privado, para desintoxicarlo o eliminar su adicción a las drogas antes mencionadas.

3) Sanciones privativas de libertad. Se fijan las siguientes:

   a) Internamiento domiciliario.
   b) Internamiento durante tiempo libre.
   c) Internamiento en centros especializados.

Un aspecto importante de destacar es el hecho de que la misma Ley de Justicia Penal Juvenil ordena las sanciones a imponer, dando prioridad a las sanciones socio-educativas, en primer término, a las órdenes de orientación y supervisión en un segundo momento y, por último, da cabida a las sanciones privativas de libertad. Con respecto a estas últimas, de la misma manera, las enumera de forma tal que, en primer término, aparece el internamiento domiciliario, en segundo término, el internamiento durante el tiempo libre y, por último, el internamiento en centros especializados (penitenciarios)[34]. Si bien es cierto, el orden de enumeración no es óbice para que el juez aplique una u otra sanción, lo cierto es que el orden de presentación de las alternativas pone énfasis en que las sanciones principales son las no privativas de libertad, y las que privan de libertad al menor se tornan en secundarias[35].

Por resultar de interés en el presente trabajo, se mostrarán con detalle aquellas sanciones que contempla el derecho penal juvenil costarricense y que no implican una privación de libertad, pues lo que se procura es la solución al conflicto menos nociva para el desarrollo normal de la persona menor de edad. Estas son las sanciones socio-educativas.

a) Amonestación y advertencia

Para mayor flexibilidad y con el fin de que prevalezca el principio de la intervención mínima, el juez o la jueza penal juvenil tiene, como una primera posibilidad, la aplicación de las sanciones socio-educativas, en aquellos casos en los que el bien jurídico afectado no sea de carácter fundamental o su afectación haya sido leve, y se considere, además, que por las condiciones personales del sujeto, este tipo de sanciones sean las más adecuadas[36].

De acuerdo con el redactor de la Ley de Justicia Penal Juvenil, la amonestación y la advertencia hacen referencia a la importancia de la familia, al derecho y la responsabilidad de los padres en atender y supervisar a sus hijos[37].

La sanción se encuentra taxativamente regulada en la Ley de Justicia Penal Juvenil, en su artículo 124, el cual señala:

> *ARTÍCULO 124.- Amonestación y advertencia. La amonestación es la llamada de atención que el Juez dirige oralmente al menor de edad exhortándolo para que, en lo sucesivo, se acoja a las normas de trato familiar y convivencia social. Cuando*

corresponda, deberá advertirles a los padres, tutores o responsables sobre la conducta seguida y les indicará que deben colaborar al respeto de las normas legales y sociales. La amonestación y la advertencia deberán ser claras y directas, de manera que el menor de edad y los responsables de su conducta comprendan la ilicitud de los hechos cometidos.

Por disposición de ley, debe hacerse la ejecución de este tipo de sanción en presencia tanto de la persona menor de edad, pues evidentemente va dirigida en forma personal a él. De la misma manera, y por el énfasis educativo de la sanción, se hace la indicación a los padres, tutores y/o responsables de la persona menor, para que contribuyan en la consecución de sus fines.
Como una garantía de la observancia de las normas que integran el debido proceso penal, la amonestación y advertencia suponen la presencia de la abogada o del abogado defensor de la persona menor de edad en todo momento durante el proceso.

Un aspecto práctico, pero de especial importancia, es el hecho de que, para tal efecto, el juez o la jueza deberá esperar que la sentencia en donde se decrete esta sanción esté firme, es decir, que la audiencia en donde se ejecuta la sanción no se puede realizar hasta que haya transcurrido el plazo para solicitar el recurso de casación[38]. Lo anterior implica una pérdida del efecto sancionatorio del fallo "función de prevención general positiva" de la sentencia pena, ya que, entre el momento en que se impone la sanción y el momento de su materialización, puede transcurrir mucho tiempo.

En este sentido, parece que lo lógico sería la aplicación en todos los casos y por las razones dichas, del instituto de la "cesura del debate"[39] que se encuentra previsto en la legislación penal costarricense, de manera optativa para el procedimiento penal de adultos, pero al respecto no contiene la Ley de Justicia Penal Juvenil, norma alguna que lo regule. No obstante, por aplicación supletoria del Código Procesal Penal[40], podría tener cabida en este procedimiento.

b) Libertad asistida

Para el funcionamiento de todas las sanciones socio-educativas, se involucran otros entes públicos y la familia de la persona menor de edad. El éxito de estas sanciones depende de la capacidad de organización de esos entes públicos, como es precisamente el caso de la libertad vigilada, en donde debería crearse un programa para personas menores de edad que puede dar mayores éxitos en la prevención que en el encierro de personas menores de edad[41].

La Ley de Justicia Penal Juvenil define este tipo de sanción de la siguiente forma:

ARTÍCULO 125.- Libertad asistida. Esta medida, cuya duración máxima será de dos años, consiste en otorgar la libertad al menor de edad, quien queda obligado a cumplir con programas educativos y recibir orientación y seguimiento del Juzgado, con la asistencia de especialistas del Programa de menores de edad de la Dirección General de Adaptación Social.

En cuanto al programa de atención de adultos se ha señalado que el régimen de prueba y libertad vigilada, en sus distintas fases y modalidades, se vislumbra como el programa del futuro del régimen penitenciario costarricense[42].

La diferencia substancial entre ambos institutos[43], radica en el hecho de que, con respecto a las personas menores de edad, se ha planteado la libertad vigilada[44] como una medida socioeducativa y como alternativa a una medida de carácter institucional. Con ello se pretenden evitar todos los peligros criminógenos del encierro[45] y los efectos negativos que, para una persona menor de edad, significa un proceso de institucionalización, como por ejemplo: la generación de antivalores como la carrera penitenciaria, los abusos sufridos dentro del sistema penitenciario, el desarrollo de espíritu de sobrevivencia y violencia intracarcelaria, el

consumo de drogas, entre otros, y por citar solo algunos de los males de la prisión que conoce hoy día la doctrina[46].

Por el contrario, en el derecho penal de adultos, la libertad vigilada se ha formulado en nuestro sistema penitenciario, como una alternativa al encierro y dentro del sistema de cumplimiento de condenas, como parte del proceso de reinserción social del o de la delincuente[47].

El problema fundamental de un programa de libertad asistida radica en la limitación de recursos económicos suficientes para poder contar con las instituciones que posibiliten verificar el cumplimiento adecuado del programa. En la práctica la falta de recursos suficientes produce dos efectos que resultan nocivos para los fines de este tipo de sanción: a) Que al no contar con recursos suficientes que posibiliten el control efectivo del programa de vigilancia, en realidad, el cumplimiento de la sanción como tal, al no poder ser controlado, queda al arbitrio de la persona menor de edad su cumplimiento y, en última instancia, de sus padres, tutor o responsable, sin que exista una adecuada retribución para el sistema que posibilite el análisis de su conveniencia o no, y el cumplimiento de los fines propuestos con la pena. b) Por esa misma razón, los jueces y las juezas se tornan escépticos ante la imposibilidad de lograr un efectivo control de la sanción impuesta, lo que repercute en el hecho de que prefieran en última instancia la imposición de otro tipo de sanción antes que esta, en virtud de que en el fondo, no existe manera alguna de verificar el efectivo cumplimiento de la pena.

c) Prestación de servicios a la comunidad

El trabajo en beneficio de la comunidad ha sido una opción válidamente utilizada especialmente en países anglosajones[48], con mayor ímpetu a partir de los años setenta, y que recién se empieza a incorporar en nuestros códigos y leyes, tanto de personas adultas como de personas menores de edad, como una alternativa legalmente establecida al internamiento tradicional[49].

En la sentencia donde impone una sanción de este tipo, el juez o la jueza penal juvenil puede definir no solo la sanción que impone, sino también la forma en la que esta se debe ejecutar. Debe quedar claro que este tipo de sanción no debe convertirse en un trabajo forzado, ni en un trabajo inútil[50].

En relación con este tipo de sanción, el lugar, forma, modo, condición y tiempo de esta no está previsto en una ley, sino que la sanción debe determinarse según el caso concreto y, dependiendo de las posibilidades que ofrezcan las diferentes entidades de asistencia que existan en el país. En caso de que esto no se pueda definir, el juzgado de ejecución de la sanción sería el que lo haga con el apoyo de equipos técnicos[51].

Un aspecto se refiere a que la prestación de servicios a la comunidad no debe perjudicar la asistencia a la escuela o la jornada normal de trabajo de la persona menor de edad. Lo anterior es una consecuencia directa de los principios que rigen la Ley de Justicia Penal Juvenil, como lo es el interés superior de la persona menor de edad, de ahí surge precisamente la importancia de que la sanción no afecte sus estudios o trabajo, además que para la imposición de esta se tomen en cuenta las aptitudes del joven o del adolescente, sin que esto obste para que, en caso contrario, la sanción no pudiera ser impuesta[52].

El trabajo o servicio en beneficio de la comunidad comprende una sanción que tiende no a la reparación integral del daño, como en el caso de la "restitución" norteamericana, sino a una posibilidad de utilizar las habilidades y/o aptitudes de la persona ofensora en beneficio ya no solamente de la propia víctima, sino también de la sociedad como un todo.

Un dato de especial relevancia que debe tomarse en cuenta es que existe un índice de reincidencia muy bajo, entre quienes han sido

parte de proyectos de este tipo y han cumplido integralmente con la sentencia[53].

La Ley de Justicia Penal Juvenil define la sanción de la siguiente manera:

> *ARTÍCULO 126.- Prestación de servicios a la comunidad. La prestación de servicios a la comunidad consiste en realizar tareas gratuitas, de interés general, en entidades de asistencia, públicas o privadas, como hospitales, escuelas, parques nacionales y otros establecimientos similares. Las tareas deberán asignarse según las aptitudes de los menores de edad, los cuales las cumplirán durante una jornada máxima de ocho horas semanales, los sábados, domingos y días feriados o en días hábiles, pero sin perjudicar la asistencia a la escuela o la jornada normal de trabajo. Los servicios a la comunidad deberán prestarse durante un período máximo de seis meses. La medida se mantendrá durante el tiempo necesario para que el servicio fijado se realice efectivamente o sea sustituido.*

La normativa costarricense garantiza varios de los elementos que caracterizan la aplicación del trabajo en beneficio de la comunidad.

- Gratuidad en la prestación
- Actividad de "interés general", es decir, de utilidad pública
- Amplitud en cuanto a la naturaleza pública o privada de la entidad en donde se realice la labor en beneficio de la comunidad
- Relación entre las aptitudes y/o cualidades personales del penado, con respecto a la tarea que se espera que realice en beneficio de la comunidad
- Una jornada de trabajo máxima semanal
- La no obstaculización de las actividades escolares o laborales normales por medio de la ejecución del trabajo en beneficio de la comunidad ordenada
- Un período máximo de ejecución de la sanción[54].

d) Reparación de los daños a la víctima

Nos encontramos ante otro tipo de sanciones socio-educativas. No se trata, bajo ninguna circunstancia, de alguna especie de servidumbre a la que se deba someter el joven o el adolescente, ya que se trata de una prestación específica y bien determinada que el joven o adolescente realizará bajo la supervisión de la autoridad judicial competente, para evitar cualquier tipo de abuso de una parte sobre otra[55].

La Ley de Justicia Penal Juvenil señala en torno la pena de reparación integral del daño:

> *ARTÍCULO 127.- Reparación de daños. La reparación de los daños a la víctima del delito consiste en la prestación directa del trabajo, por el menor de edad en favor de la víctima, con el fin de resarcir o restituir el daño causado por el delito. Para repararlo, se requerirá el consentimiento de la víctima y del menor de edad; además, la aprobación del Juez. Con el acuerdo de la víctima y el menor de edad, la pena podrá sustituirse por una suma de dinero que el Juez fijará, la cual no podrá exceder de la cuantía de los daños y perjuicios ocasionados por el hecho. La sanción se considerará cumplida cuando el Juez determine que el daño ha sido reparado en la mejor forma posible.*

En el derecho penal costarricense, el Código Procesal Penal establece en su artículo 30, inciso j), como hipótesis de extinción de la responsabilidad penal, la reparación integral del daño. No obstante, de igual forma y a diferencia de la Ley de Justicia Penal Juvenil, establece como limitaciones para que dicha alternativa sea solicitada:

> a. *Que la víctima del delito se manifieste satisfecha con la reparación, del daño particular o social causado,*
> b. *Que la solicitud sea realizada antes del juicio oral,*

c. *Que se trate de delitos de contenido patrimonial sin grave violencia sobre las personas o en delitos culposos,*

d. *Esta causal procede siempre que, durante los cinco años anteriores, el imputado no se haya beneficiado de esta medida o de la suspensión del proceso a prueba. El plazo señalado se computará a partir de la firmeza de la resolución que declara la extinción de la acción penal. Para tales efectos el Registro Judicial llevará un archivo de los beneficiados.*

Por el contrario, en materia de derecho penal juvenil, el carácter socioeducativo de la sanción supone que, en la reparación del daño, se dé la prestación directa del trabajo por la persona menor de edad en favor de la víctima, con el fin de resarcir o restituir el daño causado por el delito.

No debe convertirse tampoco en trabajo inútil o forzado. Acercar al autor del delito con su víctima debe tener siempre el carácter educativo. Tampoco debe convertirse en una pena de multa, ya que esta no contiene, al igual que la condena de costas, ningún carácter educativo, sino que más bien sería una forma de trasladar la responsabilidad[56] de la persona menor de edad a sus padres o representantes[57]. Cualquier delito podría repararse, aunque desde luego, habrá algunos que sea más fácil o posible, como en el caso de los delitos contra la propiedad[58].

Esta medida ha sido vista en el derecho penal alemán como muy favorable para resolver el problema jurídico-penal, no exclusivo de personas menores de edad, sino como una alternativa en general al problema delincuencial y la pena.

Al respecto ROXIN señala:

> *profetizo un gran futuro a la reparación del daño, también en Derecho penal, como una segunda sanción orientada a la voluntariedad. No estoy pensando con ello en instituciones como las del acusado según el modelo de la action civile francesa a instancia del ofendido o como en la compensation order inglesa en la cual el juez condena a la indemnización del daño en el proceso penal. Esto tan sólo significa una acumulación de la demanda civil en el proceso penal y de nada le sirve al ofendido cuando el título, como ocurre en la mayoría de los casos, no es coercible. Pero tampoco aporta nada desde el punto de vista de la punición el que pena e indemnización de daños y perjuicios caminen paralelamente con independencia la una respecto de la otra. El nuevo pensamiento al que yo concedería grandes perspectivas para el Derecho penal venidero, es aquél según el cual la reparación voluntaria del daño prestada hasta la apertura del procedimiento principal, debe conducir a una atenuación obligatoria de la pena, también, en pronósticos favorables, a la suspensión de la pena en la condena condicional e incluso, con excepción de los delitos más graves, a prescindir de la sanción (en los subsistentes fallos de culpabilidad). Esta concepción tiene la ventaja de que se le ofrece al autor un gran aliciente para la reparación del daño, y a la víctima una rápida y desburocratizada indemnización que en muchos casos el Estado no puede llevar a cabo frente a un deudor reacio. La victimología, la teoría de la víctima, que en las últimas décadas ha logrado una progresiva relevancia, conseguiría con esta solución abrir una brecha decisiva en el sentido de un sistema de Derecho penal orientado a la víctima*[59].

5) *Reflexiones finales*

Al estudiar y escribir sobre el presente tema, coincidimos con FUNES en que antes de poder provocar en alguna persona lectora la sensación de que los jóvenes son los únicos violentos o que solo es preocupante su violencia, hay que recordar –por si acaso- que los y las adolescentes y jóvenes no dejan de ser un aguafuerte con trazos gruesos de la sociedad adulta. Ellos y ellas a menudo no harán otra cosa que reproducir nuestra conducta sin ningún miramiento ni control[60].

Las motivaciones que llevan a los y las adolescentes y a los jóvenes a delinquir son, en ocasiones, muy diferentes a las de las personas adultas. La persona menor, muchas veces, tiene comportamientos que no son aceptables o tolerables socialmente, pero en estos no concurre un especial ánimo malicioso, sino más bien son producto de la irreflexión (se debe recordar que se está frente a un ser en evolución, en permanente aprendizaje, cuya limitada experiencia vital no le permite conocer aún todo lo que está permitido o todo lo que está prohibido) o de ese tan particular espíritu lúdico que caracteriza a las etapas previas a la madurez.

No se puede dejar de lado que, por su parte, DÜNKEL indica que el futuro del derecho penal de menores se encuentra en retomar la reflexión sobre el abandono, que históricamente ha aumentado, de las sanciones de tipo penal a favor de medidas educativas más constructivas y que fomenten la integración o mejores ofertas educativas que, de todos modos, requerirían la imposición de limitaciones con arreglo al estado de derecho. Esto debe quedar reflejado tanto en el procedimiento como en el pronunciamiento sobre las consecuencias jurídicas. Paciencia y, hasta cierto punto, tolerancia al tratar los problemas de integración en la fase de la "juventud" son (algo con sólidos fundamentos criminológicos) los pilares de un sistema penal de menores que se mantiene con sus principios fundamentales en períodos históricos difíciles y de ahí que el juzgado de menores y una legislación penal especial para menores tengan un futuro -como confirma sin lugar a dudas, el análisis comparado a nivel internacional[61].

Con razón, BARREDA HERNÁNDEZ expresa que el garantista e innovador proceso penal de menores no es la panacea, ninguno lo es, por cuanto resulta errónea toda convicción que pretenda acabar con el delito exclusivamente basándose en normas coactivas y contundentes, su función es mantener la delincuencia dentro de unos límites tolerables como neutralizador de sus autores y, solo sobre ellos, articulando medidas que propicien su readaptación a la vida social y, si procede, la satisfacción moral y material a sus víctimas[62].

A este le sigue la posición de HIDALGO MURILLO:

> *Una legislación tutelar de menores no puede nunca –sería-, -es- un error de principio –hacer referencia únicamente a los tipos penales de nuestra legislación penal. Una legislación tutelar así concebida actualmente, es ya un fracaso al reto en la tutela del menor en riesgo o peligro social. En un fracaso, porque es una tutela tardía. Una tutela que trata de "tutelar" al que ya ha llegado al colmo de su conducta al cometer acciones delictivas. Una "tutela" que no puede tutelar, sino que como "tutela" está llamada ahora –por haberse actuado tarde- a resocializar, a rehabilitar, a educar. Si una legislación tutelar de menores se preocupa del menor "delincuente", del menor que ya cometió un hecho delictivo, un hecho tipificado como delito, renuncia, por ese error de estilo, de criterio y de concepción real del problema, a la tutela del menor en riesgo social. Por ende, es una legislación desde su nacimiento, incoherente con los fines que quiere alcanzar. De ese modo, un menor en riesgo social, que exige de su tutela jurisdiccional, pero que todavía no ha cometido un hecho delictivo tiene el derecho a señalar –acusando- al*

legislador por haberse equivocado. Tiene derecho a señalar causativamente al Juez Tutelar de Menores por haber llegado tarde. Tiene el derecho de decirnos, al llegar al Tribunal Tutelar, que nos preocupamos ahora, cuando es tarde, y le dejamos solo, desamparado, indefenso, influido, ambientado, por una situación de riesgo, dónde éramos necesarios y se exigía nuestra pronta tutela[63]*. Más adelante señala este mismo autor: "si la protección integral es un principio rector del procedimiento penal juvenil, el proceso, más que la investigación del delito y la búsqueda de su autor, debió ir encaminado al estudio del joven al que se le atribuye un hecho delictivo para facilitar con ello la práctica de tareas educativas que permitan su resocialización*[64]*.*

Por ello, se coincide con LLOBET RODRÍGUEZ en que el derecho penal juvenil no es un derecho penal propio[65], pero consideramos que no puede serlo, y por ello, no compartimos la tesis de GONZÁLEZ CUSSAC y CUERDA ARNAU[66] de la necesidad de creación a normas y principios específicos para personas menores de edad, con lo cual se pretenden la creación de un derecho paralelo y la coexistencia de dos órdenes normativos que, desde mi punto de vista, no solo resultan innecesarios, sino, además, contraproducentes[67].

Por lo pronto, y consciente de lo mucho que debe avanzarse en esta materia, sobre todo en lo que respecta al uso adecuado y al cumplimiento de las medidas alternas propuestas dentro del proceso penal juvenil, debo indicar que es una valiosa oportunidad para comprender que la prisión y el encierro no son la única respuesta (abordaje) que una sociedad civilizada puede dar al fenómeno delincuencial y con la esperanza de que en la experiencia del derecho penal juvenil la introducción y aplicación de este tipo de medidas sean un éxito.

Confío en que algún día, esas medidas y quizás otras que con el tiempo puedan irse desarrollando (como la justicia restaurativa) sean materia cotidiana de jueces, juezas, fiscales y fiscalas en el enjuiciamiento, pues, en última instancia, la cárcel no es más que un completo desperdicio de lo más valioso que existe sobre la faz de la Tierra y bien jurídico-penal por excelencia: la vida humana.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE ZAMORANO, P. LOS JÓVENES DEL SIGLO XXI: Legislación de menores en el siglo XXI: Análisis de Derecho comparado, PROYECTO DE LEY DE JUSTICIA JUVENIL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Ponencia, Serie: Penal.

- ARROYO GUTIÉRREZ, J. (1995). *El sistema penal ante el dilema de sus alternativas*. San José, Colegio de Abogados de Costa Rica.

- BARREDA HERNÁNDEZ, A., LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL DE MENORES. ESPECIAL EXAMEN DE LA PIEZA SEPARADA DE RESPONSABILIDAD CIVIL. La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Ponencia, Serie: Penal.

- BURGOS MATA, A., (2000). De la Arbitrariedad a la Justicia: Adolescentes y Responsabilidad Penal en Costa Rica, Serie de Políticas n.º 5, UNICEF, San José,

- CARRANZA, E. / MAXERA, R., LAS NUEVAS LEGISLACIONES PENALES JUVENILES POSTERIORES A LA CONVENCIÓN EN AMÉRICA, Legislación de menores en el siglo XXI: Análisis de derecho comparado. LATINA, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Ponencia, Serie: Penal.

- DESCHAMPS, J. P., EL DERECHO FRANCÉS DE LOS MENORES: EL MENOR Y EL JUEZ DE MENORES. Legislación de menores en el siglo XXI: Análisis de Derecho comparado, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Ponencia, Serie: Penal.

- DÜNKEL, F., REACCIONES EN LOS CAMPOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y DE LA PEDAGOGÍA SOCIAL A LA DELINCUENCIA INFANTIL Y JUVENIL: UN ESTUDIO COMPARATIVO A ESCALA EUROPEA, La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, ponencia, Serie: Penal.

- DURÁN CHAVARRÍA, D. (2000). De la Arbitrariedad a la Justicia: Adolescentes y Responsabilidad Penal en Costa Rica, Serie de Políticas n.º 5, UNICEF, San José,

- FUNES, J., SOBRE LAS NUEVAS FORMAS DE VIOLENCIA JUVENIL Legislación de menores en el siglo XXI: Análisis de derecho comparado. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, ponencia, Serie: Penal.

- GARLAND, DAVID. (2012). La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Barcelona: Gedisa Editorial.

- GATTI, U. SISTEMA ITALIANO DE JUSTICIA PARA MENORES DE EDAD, Legislación de menores en el siglo XXI: Análisis de derecho comparado, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Ponencia, Serie: Penal.

- GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E., LA NUEVA LEY DE JUSTICIA JUVENIL EN ESPAÑA: UN RETO PARA EL 2000. Legislación de menores en el siglo XXI: Análisis de derecho comparado. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Ponencia, Serie: Penal.

- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, D. (1997). *Delincuencia juvenil y seguridad ciudadana*. En: Ciencias Penales (Costa Rica), n.º 13.

- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./CUERDA ARNAU, M. L., Derecho penal de menores: criterios generales de aplicación de las medidas en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./ TAMARIT SUMALIA, J.M./GÓMEZ COLOMER, J.L., coordinadores. (2002). *Justicia penal de menores y jóvenes*. (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación), Tirant lo blanch, Valencia, pp. 79-130.

- HIDALGO MURILLO, J. D. (1996). La aplicación de la Ley de Justicia Penal Juvenil. Investigaciones Jurídicas. San José, p. 34.

- http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/circulares_comunicados/fiscalia_general/cir-2012/06-ADM-2012.pdf

- http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/circulares_comunicados/fiscalia_general/cir-2012/08-ADM-2012.pdf

- http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/circulares_comunicados/fiscalia_general/cir-2012/12-ADM-2012.pdf

- JESIONEK, U., JURISDICCIÓN DE MENORES EN AUSTRIA. Legislación de menores en el siglo XXI: Análisis de derecho comparado. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Ponencia, Serie: Penal.

- KAISER, G. Jugendstrafrecht. (1993). En: KAISER y otros (editores): Kleines kriminologisches Wörterbuch, Heidelberg, C. F. Müller, p. 199, citado por LLOBET RODRÍGUEZ, J. (2000). De la Arbitrariedad a la Justicia: Adolescentes y Responsabilidad Penal en Costa Rica, Serie de Políticas n.º 5, UNICEF, San José.

- LLOBET RODRÍGUEZ, J. Fijación de las sanciones penales juveniles. En TIFFER SOTOMAYOR, C./LLOBET RODRÍGUEZ, J. (1999). La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica. San José. UNICEF y otros, n.º 1 y 2.

- LLOBET RODRÍGUEZ, J., (2000). De la Arbitrariedad a la Justicia: Adolescentes y Responsabilidad Penal en Costa Rica. Serie de Políticas n.º 5, UNICEF, San José.

- LÓPEZ CABRERO, G., PENAS CORTAS DE PRISIÓN. MEDIDAS SUSTITUTIVAS. Revista del Poder Judicial n.º **40**. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Notas, Serie: Penal, octubre-diciembre 1995, pp. 269-285.

- PARÍS STEFFENS, R., Director ILANUD, en TIFFER SOTOMAYOR, C. (1996). Ley de Justicia Penal Juvenil. Comentada y concordada. Con exposición de motivos del Proyecto de Ley e Instrumentos Internacionales. San José: Editorial Juritexto, preámbulo.

- Poder Judicial de Costa Rica, (PJ 12). Departamento de Planificación, oficio 109-CE-2012, del 21 de diciembre de 2012, emitido por el máster Elías Muñoz Jiménez, jefe de Sección Control y Evaluación, a la máster Marta Asch Corrales, directora Departamento de Planificación, relacionado con Primera Evaluación del Programa de Justicia Restaurativa en el Primer Circuito Judicial de San José.

- PROGRAMA DE JUSTICIA RESTAURATIVA EN MATERIA PENAL JUVENIL, promovido por la Dra. Doris Ma. Arias Madrigal, magistrada de la Sala Tercera Corte Suprema de Justicia, visible en http://www.poder-judicial.go.cr/justiciarestaurativa/images/documentos/penaljuvenil/PROGRAMA_DE_JUSTICIA_RESTAURATIVA-PE_JUVENIL.pdf (13/02/2015, 15:33).

- ROSA CORTINA, J.M. de la, LA INSTRUCCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE LA LORPM. INTERVENCIÓN DEL JUEZ DE MENORES. La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Ponencia, Serie: Penal.

- RÖSSNER, D., EL DERECHO PENAL DE MENORES EN ALEMANIA CON ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LOS ADOLESCENTES. Legislación de menores en el siglo XXI: Análisis de derecho comparado. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Ponencia, Serie: Penal.

- ROXIN, C., ¿TIENE FUTURO EL DERECHO PENAL? (1998). Revista del Poder Judicial n.º 49. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Primer trimestre Estudios, Serie: Penal.

- SALVÁ CORTÉS, M., EL DERECHO PENAL EN LA JUSTICIA DE MENORES. Los principios del proceso penal. APROXIMACIÓN AL DERECHO COMUNITARIO, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Comunicación, Serie: Penal.

- SIMON, JONATHAN. (2011). Gobernar a través del delito Gedisa. Barcelona: Editorial.

- VÁSQUEZ GONZÁLEZ, C. Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y criminológicas. Madrid: Editorial COLEX, 2003, p. 68.

Notas al final

1 SIMON, JONATHAN. (2011). *Gobernar a través del delito*. Barcelona: Gedisa Editorial, p. 37.

2 GARLAND, DAVID. (2012). *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa Editorial, p. 289.

3 Es decir, una persona menor de 18 años de edad.

4 La idea de las penas alternativas no es para nada nueva en el derecho penal. Los antecedentes históricos de los sustitutivos se remontan a TOMAS MORO (1478-1535) y el pensamiento utópico. MORO criticó abiertamente la severidad del sistema penal de su época, la dureza y desproporción de los castigos. La absurda inflación legislativa, tan poco beneficiosa; así como el impacto criminógeno de unas sanciones que no respondían a la gravedad de los hechos que castigaban. La filosofía del castigo de MORO tiene un profundo componente correccionalista. La pena desproporcionada, según MORO, es un factor criminógeno. Una propuesta de MORO que merece ser destacada es que los poderes públicos arbitren medidas necesarias para que el delincuente satisfaga con su trabajo a la víctima, compensando, así el daño causado.

Después destacan los precursores de la filosofía de las luces e ilustrados, entre ellos BECCARIA que con su libro «De los Delitos y de las penas», critica la irracionalidad, la arbitrariedad y la crueldad de las leyes penales y procesales del siglo XVIII. Y partiendo de la idea del contrato social, fundamenta el principio de legalidad de los delitos y las penas, la conveniencia de una política de prevención del crimen y su teoría utilitaria del castigo. Dado que, por el contrato social, los ciudadanos renunciaron a parte de su libertad en aras de la felicidad (utilidad), la pena inútil atenta contra la justicia. «El fin de las penas no es atormentar y afligir a un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido [...] El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberían ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas que, guardada la proporción, hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo». (De los Delitos y las penas, capítulo 12).

Los ilustrados y enciclopedistas, entre ellos MONTESQUIEU, VOLTAIRE y ROUSSEAU, buscan penas proporcionadas y útiles. Dentro de los ilustrados españoles contamos con LARDIZABAL que propone «la corrección del delincuente para hacerle mejor, y para que no vuelva a perjudicar a la sociedad», después, la ejemplaridad, junto con «el resarcimiento o reparación del perjuicio causado al orden social o a los particulares».

Así LÓPEZ CABRERO, G., PENAS CORTAS DE PRISIÓN. MEDIDAS SUSTITUTIVAS. *Revista del Poder Judicial* n.º **40, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL,** notas, Serie: Penal, octubre-diciembre 1995, pp. 269-285.

5 Así LLOBET RODRÍGUEZ, J. *De la arbitrariedad a la justicia: adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*. Serie de Políticas n.º 5, UNICEF, San José, 2000, p. 225. Cfr. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, D. (1997). *Delincuencia juvenil y seguridad ciudadana.* En: Ciencias Penales (Costa Rica), n.º 13, , p. 15, LLOBET RODRÍGUEZ, J. Fijación de las Sanciones Penales Juveniles. En TIFFER SOTOMAYOR, C./LLOBET RODRÍGUEZ, J. (1999). *La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica,* San José. UNICEF y otros, n.º 1 y 2.

6 No cabe duda de que el descubrimiento de la entidad y la peculiaridad propias de la fase de la vida conocida por "juventud" fue la condición previa de que se pudiese buscar algo distinto del Derecho penal represivo como forma adecuada de reaccionar a los comportamientos desviados o relevantes penalmente. "Educar en vez de castigar" se convirtió en el leitmotiv de un nuevo movimiento social (en los EEUU ocuparon el primer plano de la atención los planteamientos caritativos de los child savers, esto es, el movimiento de los denominado "salvadores de la infancia") que encontró su expresión propia en la creación y desarrollo de los tribunales de menores. La tolerancia y la comprensión por las especiales situaciones problemáticas a las que se ven expuestos los menores en el paso de la infancia a la juventud y de la juventud a la vida adulta -a los que la moderna sociología se refiere actualmente mediante el concepto de "cambio de estatus"- caracterizaron el tratamiento diferenciado del Derecho de menores, en el sentido de su orientación conforme a los principios del Estado de bienestar, o también del Derecho penal de menores centrado en un modelo judicial. En el terreno de los principios nada ha cambiado desde entonces. Así DÜNKEL, F., REACCIONES EN LOS CAMPOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y DE LA PEDAGOGÍA SOCIAL A LA DELINCUENCIA INFANTIL Y

JUVENIL: UN ESTUDIO COMPARATIVO A ESCALA EUROPEA. La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Ponencia, Serie: Penal.

7 Sobre el desarrollo de la Jurisdicción especializada de menores en Francia, puede consultarse DESCHAMPS, J. P., EL DERECHO FRANCÉS DE LOS MENORES: EL MENOR Y EL JUEZ DE MENORES, Legislación de menores en el siglo XXI: Análisis de Derecho comparado, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Ponencia, Serie: Penal. Un análisis más amplio en el plano europeo puede ser consultado en DÜNKEL, F., REACCIONES EN LOS CAMPOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y DE LA PEDAGOGÍA SOCIAL A LA DELINCUENCIA INFANTIL Y JUVENIL: UN ESTUDIO COMPARATIVO A ESCALA EUROPEA, La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Ponencia, Serie: Penal. Sobre el caso italiano, GATTI, U. SISTEMA ITALIANO DE JUSTICIA PARA MENORES DE EDAD, Legislación de menores en el siglo XXI: Análisis de Derecho comparado, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Ponencia, Serie: Penal. Sobre el sistema austríaco, JESIONEK, U., JURISDICCIÓN DE MENORES EN AUSTRIA, Legislación de menores en el siglo XXI: Análisis de Derecho comparado, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Ponencia, Serie: Penal.

8 Así SALVÁ CORTÉS, M., EL DERECHO PENAL EN LA JUSTICIA DE MENORES. Los principios del proceso penal. APROXIMACIÓN AL DERECHO COMUNITARIO, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Comunicación, Serie: Penal.

9 Para ampliar sobre los avances en el desarrollo de este programa en la región y la situación de los distintos países, cfr. CARRANZA, E. / MAXERA, R., LAS NUEVAS LEGISLACIONES PENALES JUVENILES POSTERIORES A LA CONVENCIÓN EN AMÉRICA. Legislación de menores en el siglo XXI: Análisis de Derecho comparado LATINA, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Ponencia, Serie: Penal.

10 PARÍS STEFFENS, R. Director ILANUD en TIFFER SOTOMAYOR, (1996). C., Ley de Justicia Penal Juvenil. Comentada y Concordada. Con exposición de motivos del Proyecto de Ley e Instrumentos Internacionales. San José: Editorial Juritexto, preámbulo.

11 Así TIFFER SOTOMAYOR, op. cit., n. p. [8], p. 15. Cfr. CARRANZA y MAXERA, op. cit., n. p. [6].

12 Así ISSA El KHOURY JACOB, H., en TIFFER SOTOMAYOR, op. cit., n. p. [8], presentación, p. 12.

13 Con la vigencia de la Ley de Justicia Penal Juvenil Costa Rica se dispone discutir, con una línea definida, el problema de los menores que delinquen. En otros momentos, amparados en una concepción con espíritu tutelar parecía que el problema se reducía a paliar los estados de peligro y abandono en la niñez la adolescencia y la juventud de nuestro territorio. Así ISSA El KHOURY JACOB, en TIFFER SOTOMAYOR, op. cit., n. p. [8], p. 11.

14 Cfr. KAISER, G. Jugendstrafrecht. En: KAISER y otros (editores). (1993). Kleines kriminologisches Wörterbuch, Heidelberg, C. F. Müller, p. 199, citado por LLOBET RODRÍGUEZ, J., De la arbitrariedad a la justicia: adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica, Serie de Políticas n.º 5, UNICEF, San José, 2000, p. 217. Para ampliar sobre el concepto, puede consultarse también KAISER, G., (1996). Kriminologie, 3. völlig neubearbeitete und erweitete Auflage, Heidelberg, C.F. Müller, , §52, Pasim. Cfr. GÖPPINGER, H. Kriminologie, 5. Auflage, Manchen, Verlag C.H. Beck, 1997, p. 503 sgtes.

15 Cfr. GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E., LA NUEVA LEY DE JUSTICIA JUVENIL EN ESPAÑA: UN RETO PARA EL 2000. Legislación de menores en el siglo XXI: Análisis de Derecho comparado, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Ponencia, Serie: Penal.

16 En derecho comparado en Francia, el límite por debajo está en los 13 años, en Alemania y Austria en los 14, en Escocia a los 8, en Inglaterra y País de Gales a los 10. Contrariamente, los países escandinavos como Dinamarca, Finlandia y Noruega lo tienen a los 15 años, porque existe una larguísima tradición de no intervención penal. Así AGUIRRE ZAMORANO, P. LOS JÓVENES DEL SIGLO XXI: Legislación de menores en el siglo XXI: Análisis de Derecho comparado, PROYECTO DE LEY DE JUSTICIA JUVENIL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Ponencia, Serie: Penal. Cfr. las diferencias en cuanto a la mayoría de edad penal, 7 años en Suiza o Irlanda, y 18 años en Bélgica, por citar solo unos ejemplos pone de manifiesto la falta de uniformidad en cuanto a este punto en el derecho comparado. Al respecto con un amplio análisis, DÜNKEL, F., REACCIONES EN LOS

CAMPOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y DE LA PEDAGOGÍA SOCIAL A LA DELINCUENCIA INFANTIL Y JUVENIL: UN ESTUDIO COMPARATIVO A ESCALA EUROPEA, La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, ponencia, Serie: Penal.
"En Alemania la mayoría de edad se alcanza a los 18 años. Después de esta edad habitualmente se tienen todos los derechos y deberes de un ciudadano adulto. No obstante, no fue éste el objetivo perseguido por el legislador en el Derecho penal cuando en 1975 rebajó el límite de la mayoría de edad de 21 a 18 años. El legislador consideró los resultados empíricos de la sociología y la psicología de menores: el desarrollo de la personalidad no está en modo alguno culminado al alcanzar la edad de 18 años. Debido a los largos períodos escolares y formativos, los jóvenes no terminan de desarrollar su personalidad ni de alcanzar la independencia económica hasta bastante después. A esto se añaden conocimientos de la investigación sobre socialización que señalan que el proceso de maduración social depende fuertemente de la personalidad del individuo y de sus circunstancias vitales, y que muy bien puede extenderse hasta los 25 años. Empíricamente puede probarse una y otra vez que las características que definen el estadio adulto (como planificación realista de la vida, independencia, capacidad de establecer vínculos, y seriedad en el trabajo) van madurando en nítidas etapas entre los 18 y los 25 años de edad. Consecuentemente, en la criminología de menores es frecuente considerar conjuntamente el grupo de edades entre 14 y 25 años bajo el aspecto de la "delincuencia juvenil", puesto que este período destaca, en particular entre los jóvenes varones, por ir parejo con una elevada delincuencia criminal. En cualquier caso, desde una consideración individualizada no hay que obviar que hay jóvenes que culminan el desarrollo de su personalidad entre los 18 y los 21 años. Por tanto, la situación individual en la fase de transición es evidente".
Teniendo presente esta situación del desarrollo, el derecho alemán vigente ha adoptado un compromiso diferenciado sin parangón en el mundo reconociendo una fase de transición del adolescente entre los 18 y los 21 años de edad, en la que la decisión sobre aplicar las sanciones del derecho penal de adultos o de menores depende del estado de madurez alcanzado en cada caso individual. Se ha optado por una regulación flexible e individualizadora que deja un amplio margen de decisión al juez de menores. RÖSSNER, D., EL DERECHO PENAL DE MENORES EN ALEMANIA CON ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LOS ADOLESCENTES. Legislación de menores en el siglo XXI: Análisis de derecho comparado, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Ponencia, Serie: Penal.

17 **ARTÍCULO 1.- Ámbito de aplicación según los sujetos.** Serán sujetos de esta ley todas las personas que tengan una edad comprendida entre los doce años y menos de dieciocho años al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito o contravención en el Código Penal o leyes especiales.

ARTÍCULO 2.- Aplicación de esta ley al mayor de edad. Se aplicará esta ley a todos los menores de edad que, en el transcurso del proceso, cumplan con la mayoridad penal. Igualmente se aplicará cuando los menores de edad sean acusados después de haber cumplido la mayoridad penal, siempre y cuando el hecho haya ocurrido dentro de las edades comprendidas para aplicarles esta ley.

18 Así LLOBET RODRÍGUEZ, J, op. cit., n. p. [23], p. 219.

ARTÍCULO 6.- Menor de doce años
Los actos cometidos por un menor de doce años de edad, que constituyan delito o contravención, no serán objeto de esta ley; la responsabilidad civil quedará a salvo y se ejercerá ante los tribunales jurisdiccionales competentes. Sin embargo, los juzgados penales juveniles referirán el caso al Patronato Nacional de la Infancia, con el fin de que se le brinde la atención y el seguimiento necesarios. Si las medidas administrativas conllevan la restricción de la libertad ambulatoria del menor de edad, deberán ser consultadas al Juez de Ejecución Penal Juvenil, quien también las controlará.

19 Así LLOBET RODRÍGUEZ, op. cit., n. p. [23], p. 219.

20 Ver exposición de motivos de la Ley Justicia Penal Juvenil, en TIFFER SOTOMAYOR, op. cit., n. p. [3], p. 156.

21 **ARTÍCULO 59.- Carácter excepcional de la detención provisional**

La detención provisional tendrá carácter excepcional, especialmente para los mayores de doce años y menores de quince y sólo se aplicará cuando no sea posible aplicar otra medida menos gravosa. La detención provisional no podrá exceder de dos meses. Cuando el Juez estime que debe prorrogarse, lo

acordará así, estableciendo el plazo de prórroga y las razones que lo fundamentan.
En ningún caso, el nuevo término será mayor de dos meses y el auto en que se acuerde deberá consultarse al Tribunal Superior Penal Juvenil, con remisión de copia de las actuaciones que el Juez estime deben valorarse para disponer sobre la prórroga.

22 **ARTÍCULO 131.- Internamiento en centro especializado**

La sanción de internamiento es una privación de libertad de carácter excepcional. Puede ser aplicada solo en los siguientes casos:
Cuando se trate de delitos dolosos sancionados en el Código Penal o leyes especiales, para mayores de edad con pena de prisión superior a seis años.
Cuando haya incumplido injustificadamente las sanciones socioeducativas o las órdenes de orientación y supervisión impuestas.
La medida de internamiento durará un período máximo de quince años para menores entre los quince y los dieciocho años, y de diez años para menores con edades entre los doce y los quince años. El Juez deberá considerar el sustituir esta sanción por una menos drástica cuando sea conveniente. La medida de privación de libertad nunca podrá aplicarse como sanción cuando no proceda para un adulto, según el tipo penal.
Al aplicar una medida de privación de libertad, el juez deberá considerar el período de detención provisional al que fue sometido el menor de edad.
Cfr. LLOBET RODRÍGUEZ, op. cit., n. p. [3], p 219-220.

23 Sobre las formas anticipadas terminación del procedimiento y demás diligencias procesales, cfr. ROSA CORTINA, J.M. de la. LA INSTRUCCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE LA LORPM. INTERVENCIÓN DEL JUEZ DE MENORES, La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Ponencia, Serie: Penal.

24 Cfr. DURÁN CHAVARRÍA, D. De la Arbitrariedad a la justicia: adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica, Serie de Políticas n.º 5, UNICEF, San José, 2000, p. 488. llegándose al dictado de una sentencia condenatoria y a la imposición de una sanción propiamente dicha, principio fundamental del Derecho Penal Juvenil es que el confinamiento de menores de edad en establecimientos penitenciarios debe ser utilizado como último recurso. A ello hacen mención las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Regla 19.1) y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Regla 1). No debe perderse de vista que este es un principio contenido también en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio). Así LLOBET RODRÍGUEZ, op. cit., n. p. [3], p. 243.

25 PROGRAMA DE JUSTICIA RESTAURATIVA EN MATERIA PENAL JUVENIL, promovido por la Dra. Doris Ma. Arias Madrigal Magistrada de la Sala Tercera Corte Suprema de Justicia, visible en http://www.poder-judicial.go.cr/justiciarestaurativa/images/documentos/penaljuvenil/PROGRAMA_DE_JUSTICIA_RESTAURATIVA-PE_JUVENIL.pdf (13/02/2015, 15:33).

26 **Poder Judicial de Costa Rica, (PJ 12)**. Departamento de Planificación, oficio 109-CE-2012, del 21 de diciembre de 2012, emitido por el máster Elías Muñoz Jiménez, jefe de Sección Control y Evaluación, a la máster Marta Asch Corrales, directora del Departamento de Planificación, relacionado con Primera Evaluación del Programa de Justicia Restaurativa en el Primer Circuito Judicial de San José.

27 Visible en http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/circulares_comunicados/fiscalia_general/cir-2012/06-ADM-2012.pdf (11/02/2015, 16:23).

28 Visible en http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/circulares_comunicados/fiscalia_general/cir-2012/08-ADM-2012.pdf (11/02/2015, 16:35).

29 Visible en http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/circulares_comunicados/fiscalia_general/cir-2012/12-ADM-2012.pdf (11/02/2015, 16:43).

30 **PJ 12,** op. cit., n. p. [25], p.18.

31 **PJ 12,** op. cit., n. p. [25], p.19.

32 No en vano, las Naciones Unidas, el Euroaparat y otras organizaciones como la International Penal and Penitenciary Foundation han formulado unos principios básicos para la elaboración de alternativas con el fin de implantar garantías procesales con arreglo al estado de derecho y limitar la intensidad de la medida de intervención también en el ámbito de las sanciones ambulatorias. Los principios básicos son el principio de proporcionalidad, el de legalidad (las medidas de tipo educativo deben fijarse legalmente de la manera más concreta posible en función del tipo, alcance y duración de la medida de intervención) y la limitación en cuanto al tiempo (en última instancia, la concreción del principio de proporcionalidad). Otra limitación de las medidas de intervención a destacar sería la buena disposición del condenado a cooperar o aceptar una medida determinada, algo que parece ser importante en los casos en que se impone una sanción de trabajo en beneficio de la comunidad o sanciones reparadoras. Cfr. DÜNKEL, op. cit., n. p. [5].

33 Cfr. LLOBET RODRÍGUEZ, op. cit., n. p. [3], p. 228.

34 Tanto el internamiento domiciliario como el internamiento en tiempo libre son sanciones que son el complemento necesario del internamiento en centro especializado, en el sentido de que se convierten en medios a través de los cuales se da contenido a la excepcionalidad del internamiento en centro especializado, la cual está en total consonancia con lo que establecen los numerales 37b de la Convención sobre los Derechos del Niño, 19 de las Reglas de Pekín y 2 de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los Menores Privados de Libertad. Así DURÁN CHAVARRRÍA, op. cit., n. p. [43], p. 489.

35 Cfr. LLOBET RODRÍGUEZ, op. cit., n. p. [3], p. 246.

36 Así TIFFER SOTOMAYOR, op. cit., n. p. [8], p. 115.

37 Ibid.

38 Cfr. TIFFER SOTOMAYOR, op. cit., n. p. [8], p. 115.

39 El Código Procesal Penal costarricense prevé la posibilidad de realizar el debate en dos fases:
ARTÍCULO 322.- Auto de apertura a juicio. El auto de apertura a juicio indicará la parte de la acusación o de la querella que resulte admitida, la disposición de enviar a juicio el asunto y el emplazamiento a las partes para que, en el plazo común de cinco días, concurran ante el tribunal de sentencia e indiquen el lugar o la forma para recibir notificaciones.
ARTÍCULO 323.- Solicitud de realización del debate en dos fases. Dentro del plazo previsto en el artículo anterior, el imputado podrá pedir que el debate se celebre en dos fases, con el fin de que en la primera se discuta lo concerniente a la existencia de la culpabilidad y en la segunda, si existe, lo relativo a la individualización de la pena y las consecuencias civiles. En ese mismo plazo, las partes civiles podrán realizar la misma solicitud; pero, en lo que se refiere a las consecuencias civiles. Antes de remitir las actuaciones, el tribunal se pronunciará sobre la solicitud. Resueltos los asuntos anteriores, se remitirán las actuaciones, los documentos y los objetos incautados al tribunal de juicio y se pondrá a su orden a los detenidos.

40 **ARTÍCULO 9.- Leyes supletorias.** En todo lo que no se encuentre regulado de manera expresa en la presente ley, deberán aplicarse supletoriamente la legislación penal y el Código Procesal Penal. Sin embargo, al conocer el caso concreto, el Juez Penal Juvenil siempre deberá aplicar las disposiciones y los principios del Código Penal, en tanto no contradigan alguna norma expresa de esta ley.

41 En el ámbito legislativo internacional, V. art. 184 inc. c Código de Menores de Ecuador; art. 14 Ley de Menor Infractor de El Salvador; arts. 118 y 119 Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil, cfr. TIFFER SOTOMAYOR, op. cit., n. p. [8], p. 116.

42 Ministerio de Justicia, marco referencial, mimeografiado, San José, sin fecha, citado por ARROYO GUTIÉRREZ, J. El sistema penal ante el dilema de sus alternativas, San José, Colegio de Abogados de Costa Rica, 1995, p. 175.

43 No debe confundirse "libertad asistida con libertad vigilada" que ha cobrado importancia en los Estados Unidos no tanto en Europa. Al respecto DÜNKEL señala que es de esperar que en Europa -contrariamente a la tendencia

al "electric monitoring" que se está extendiendo en EEUU- las consideraciones de tipo constitucional permitan reflexionar de manera crítica sobre este tipo de novedades técnicas (y los perjuicios que estos sistemas acarrean para las familias de la persona vigilada, por ejemplo). Con fundadas razones, en países como Alemania, por ejemplo, se ha prescindido (hasta ahora) de introducir sistemas de vigilancia electrónicos (con la excepción de tres proyectos pilotos muy polémicos en Inglaterra y los proyectos mencionados en Holanda y Suecia). No obstante, en Alemania, las autoridades penitenciarias también se están sintiendo progresivamente tentadas a limitar el número de personas ingresadas en centros penitenciarios a través de sistemas electrónicos de vigilancia. No obstante, a este respecto hay que tener en cuenta que los inculpados que en Estados Unidos o en Suecia son vigilados con medios electrónicos con el fin de evitar su ingreso en prisión preventiva o el cumplimento de penas de prisión breves, pocas veces ingresan en prisión preventiva o cumplen este tipo de penas en Alemania, cuya ejecución se suele suspender y sustituir por la libertad supervisada (por los requisitos legales más restrictivos), por lo que se albergan muchas dudas respecto de si esto haría disminuir el número de reclusos.
Con la "curfew order", medida introducida por la Criminal Justice Act de 1991 en Inglaterra, se implantó la posibilidad de someter a vigilancia electrónica a delincuentes (mayores de 16 años). Por otro lado, la Criminal Justice Act de 1994 limitó la vigilancia electrónica a ciertos distritos judiciales seleccionados, en los que el Home Office pondría a disposición los dispositivos técnicos necesarios a partir de enero de 1995.
En la actualidad, las tendencias de reforma en Europa se centran en la cuestión de la contención de sanciones en el ámbito penal de menores en el ámbito de los delitos de escasa entidad" casi exclusivamente en la "descriminalización [Entkriminalisierung] procesal". Cfr. DÜNKEL, op. cit., n. p. [5].

44 En Italia el nuevo código prevé que la "libertad vigilada" ("libertà vigilata") se aplique a tenor de lo establecido en los artículos 20 y 21 (que se refieren a "prescrizioni" y al confinamiento en el domicilio) mientras que el internamiento en un reformatorio se ha de realizar "a tenor de lo establecido en el art. 22" (que se refiere a "prescrizioni" e internamiento en un hogar para grupos), y solamente en casos relativos a delitos que se castiguen con encarcelamiento por más de doce años como periodo máximo (art. 36, apartado 1 y 2). Por consiguiente, el "reformatorio" se sustituye de hecho por el "hogar para grupos". Cfr. GATTI, op. cit., n. p. [16].

45 Cfr. ROXIN, C., ¿TIENE FUTURO EL DERECHO PENAL? (1998). Revista del Poder Judicial n.º 49. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Primer trimestre, Estudios, Serie: Penal, pp. 373-392.

46 Todo el sistema de las penas privativas de libertad está sometido, hoy en día, a revisión en tres sentidos:
1.º Por el ambiente corruptor de las prisiones, que puede ser negativo para los delincuentes ocasionales y los pequeños delincuentes, sometidos a condenas de corta duración. Se consideran, por tanto, escasamente eficaces, desocializantes y de un costo desproporcionado para el resultado que da.
2.º La superpoblación carcelaria impide la ejecución de la pena de forma conveniente.
3.º Que la pena privativa de libertad ocasiona la destrucción psíquica y la adquisición de los hábitos nocivos de la sociedad carcelaria, sobre todo, en las condenas de larga duración en las que el delincuente es trasladado al «cementerio de los vivos» que para ellos es la prisión. Así LÓPEZ CABRERO, op., cit., n. p. [2].

47 Al respecto y con un profundo análisis sobre el fenómeno, ARROYO GUTIÉRREZ, J. (1995). El sistema penal ante el dilema de sus alternativas, San José, Colegio de Abogados de Costa Rica.

48 En Gran Bretaña, existe desde 1972 la Community Service Order en virtud de la cual el juez puede imponer a un sujeto culpable de la comisión de un delito la obligación de realizar a favor de la comunidad un trabajo no remunerado. Es preciso que el implicado muestre su acuerdo con la medida alternativa, requiriéndose además otras condiciones, las cuales son:
1. Tener menos de diecisiete años.
2. Tener asignado el delito pena privativa de libertad y esta haberse pronunciado en la sentencia.
3. Existir en la residencia del sujeto trabajos realizables en el ámbito de la CSO.
4. Recibir el tribunal un informe del funcionario de "probation" sobre el sujeto delincuente y las circunstancias del delito.
Cfr. SALVÁ CORTÉS, op. cit., n. p. [6].

49 Así BURGOS MATA, A., De la arbitrariedad a la justicia: adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica, Serie de Políticas n.º 5, UNICEF, San José, 2000, p. 509. Quien hace referencia a que el trabajo en beneficio de la comunidad (TBC) tiene diferentes variables de nomenclatura "prestación de servicios a favor del estado (PSFE) y que es equivalente al "community service" anglosajón, al "trabail d´Intéret General" francés, al "affidamento in prova al servizio sociale" italiano y a la "prestaçao de servicios a comunidade" portugués, entre otros.

50 Así TIFFER SOTOMAYOR, op. cit., n. p. [8], p. 117.

51 Ibid.

52 Así TIFFER SOTOMAYOR, op. cit., n. p. [8], p. 117.

53 Cfr. BURGOS MATA, op. cit., n. p. [48], p. 511 con referencias bibliográficas adicionales.

54 Idem, p. 520

55 Así TIFFER SOTOMAYOR, op. cit., n. p. [8], p. 118.

56 Sin embargo, en nuestra opinión, la misma Ley de Justicia Penal Juvenil, al señalar en el párrafo segundo del artículo 127 que "con el acuerdo de la víctima y el menor de edad, la pena podrá sustituirse por una suma de dinero que el Juez fijará, la cual no podrá exceder de la cuantía de los daños y perjuicios ocasionados por el hecho", queda abierta de plano la posibilidad para que sean los padres, el tutor o responsable de la persona menor de edad quienes asuman directamente la reparación del daño causado por aquel, de forma tal, que lejos de una medida socioeducativa, la pena se convierte en una simple alternativa para evitar la imposición de una sanción más grave, quedando al arbitrio de quien se hace cargo del pago de la indemnización, la posibilidad de eliminar el fin socioeducativo del sanción o bien, hacer que el menor tome consciencia del daño causado y haga consciencia sobre las consecuencias de sus actos. En el ámbito legislativo internacional, acerca de este tipo de sanción V. art. 184 inc. g Código de Menores de Ecuador; arts. 116. Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil, así TIFFER SOTOMAYOR, op. cit., n. p. [8], p. 119.

57 Resulta particularmente interesante, que en el caso de la LORRPM española, el legislador, en su Exposición de motivos -Capítulo II, Apartado 13 de la -, justifica y apuesta por seguir empleando esta tan enriquecedora fórmula en el expediente principal. Apartado 13 del Capítulo II de la Exposición de motivos LORRPM.
«13. Un interés particular revisten en el contexto de la Ley los temas de la reparación del daño causado y la conciliación del delincuente con la víctima como situaciones que, en aras del principio de intervención mínima, y con el concurso mediador del equipo técnico, pueden dar lugar a la no incoación o sobreseimiento del expediente, o a la finalización del cumplimiento de la medida impuesta, en un claro predominio, una vez más, de los criterios educativos y resocializadores sobre los de una defensa social esencialmente basada en la prevención general y que pudiera resultar contraproducente para el futuro.
La reparación del daño causado y la conciliación con la víctima presentan el común denominador de que el ofensor y el perjudicado por la infracción llegan a un acuerdo, cuyo cumplimiento por parte del menor termina con el conflicto jurídico iniciado por su causa. La conciliación tiene por objeto que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse. La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón. En la reparación el acuerdo no se alcanza únicamente mediante la vía de la satisfacción psicológica, sino que requiere algo más: el menor ejecuta el compromiso contraído con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado, bien mediante trabajos en beneficio de la comunidad, bien mediante acciones, adaptadas a las necesidades del sujeto, cuyo beneficiario sea la propia víctima o perjudicado». Cfr. BARREDA HERNÁNDEZ, A., LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL DE MENORES. ESPECIAL EXAMEN DE LA PIEZA SEPARADA DE RESPONSABILIDAD CIVIL. La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Ponencia, Serie: Penal. Nótese que lo que se pretende es una acción por parte del menor y no, simplemente el pago de una indemnización a cargo de los padres de este, lo que haría perder el efecto educativo y resocializador de la medida.

58 Así TIFFER SOTOMAYOR, op. cit., n. p. [3], p. 118.

59 Cfr. ROXIN, C., ¿TIENE FUTURO EL DERECHO PENAL? 1998). Revista del Poder Judicial n.º 49. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Primer trimestre, Estudios, Serie: Penal, pp. 373-392.

60 Así FUNES, J., SOBRE LAS NUEVAS FORMAS DE VIOLENCIA JUVENIL. Legislación de menores en el siglo XXI: Análisis de derecho comparado. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Ponencia, Serie: Penal.

61 DÜNKEL, op. cit., n. p. [5].

62 BARREDA HERNÁNDEZ, op. cit., n. p. [56].

63 HIDALGO MURILLO, J. D. (1996). La aplicación de la Ley de Justicia Penal Juvenil. Investigaciones Jurídicas. San José, p. 34.

64 HIDALGO MURILLO, op. cit., n. p. [62], p. 39, cfr. LLOBET RODRÍGUEZ, op. cit., n. p. [3], p. 222.

65 Cfr. LLOBET RODRÍGUEZ, op. cit., n. p. [3], p. 228.

66 En realidad, con este modelo de mínimos lo que se construye es un sistema no muy diferente del Derecho Penal de adultos, cuando la finalidad real era dibujar un régimen específico adaptado a las especiales características de personalidad y grado de madurez presentes en la minoría de edad. Con este modo de proceder, bien puede decirse que las diferencias entre el Derecho Penal de adultos y el Derecho Penal de menores, sólo se encuentran en el sistema de consecuencias jurídicas, y poco más, al haberse desdeñado la oportunidad de otorgar un tratamiento singular a ciertos aspectos relativos a las reglas de autoría y participación, tentativa, desistimiento, actos preparatorios, error (especialmente el error sobre la ilicitud), imprudencia, comisión por omisión, eximentes y circunstancias modificativas, por citar únicamente las ausencias más graves y llamativas. Así GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./CUERDA ARNAU, M. L. Derecho penal de menores: criterios generales de aplicación de las medidas. En GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./TAMARIT SUMALIA, J.M./GÓMEZ COLOMER, J.L., coordinadores. (2002), Justicia penal de menores y jóvenes. (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación). Tirant lo blanch, Valencia, pp. 79-130.

67 Al respecto y con referencias bibliográficas adicionales, puede consultarse VÁSQUEZ GONZÁLEZ, C. 2003. Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y criminológicas. Madrid: Editorial COLEX, p. 68.

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 125, págs 127-141 ISSN 2215-2385 / diciembre 2018

EL ABOGADO O LA ABOGADA DE LA PERSONA MENOR COMO UNA VERDADERA GARANTÍA DE PROTECCIÓN DE SUS DERECHOS EN LOS PROCESOS JUDICIALES

*M.Sc. Paola Amey Gómez**
paolaamey@yahoo.com
*M.Sc. Ana Cristina Fernández Acuña***
acfernandeza@gmail.com

Recibido 10 agosto 2018 **Aprobado 16 agosto 2018**

RESUMEN

Las personas menores de edad requieren el resguardo de sus derechos en los procesos judiciales, de conformidad con los principios y las normas internacionales. En razón de lo anterior, la figura del abogado o de la abogada de la persona menor resulta de gran importancia, como una exigencia clave para hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia y, consecuentemente, como presupuesto básico para el ejercicio del derecho al debido proceso. En sus manos, no solo está la dirección técnica de su representado o representada, su labor va más allá. Tiene la misión de mantener a la persona menor de edad informada sobre la intervención en el proceso judicial y todas las resoluciones que afecten sus intereses.

PALABRAS CLAVE:

Persona menor de edad, derecho de defensa, patrocinio letrado, abogado o abogada de la persona menor.

ASBTRACT

Underage people need the protection of their rights in the judicial processes in accordance with international standards and principles, because the above the figure of the Attorney of the child is important, as a key requirement to make effective the right of access to justice and, as a result, basic budget for the exercise of the right to due process. In his hands is not only the technical direction of its represented, their work goes beyond, has the Mission of keeping the minor informed about intervention in the judicial process and all the decisions that affect their interests.

KEYWORDS:

Person under age, right to defense, sponsorship counsel, counsel for the minor.

---

* Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica. Especialidad en Derecho Notarial y Registral con Énfasis en Contratos Comerciales, Universidad Interamericana. Especialidad en Derecho de Familia, Escuela Judicial. Maestría en Administración de Justicia, enfoque Socio-jurídico con énfasis en Administración de Justicia en Relaciones Familiares Universidad Nacional de Costa Rica. Ha realizado estudios de maestría en Derecho de familia y de Doctorado en Derecho Penal en proceso de conclusión.

** Licenciada en Derecho. Universidad de Costa Rica. Máster en Administración de Justicia –Enfoque Socio jurídico con énfasis en Administración de Justicia de las Relaciones Familiares. Universidad Nacional. Ha ocupado cargos en el Tribunal de Familia y actualmente se desempeña como Juez del Juzgado 1º. De Familia del Primer Circuito Judicial de San José.

I. *Introducción*

El derecho de defensa cuyo desarrollo normativo ha sido bastante amplio, por medio de los diferentes instrumentos internacionales y nacionales, tales como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha sido desarrollado más claramente en materia penal que en materias de otro carácter. Sin embargo, se establecen principios de donde se extrae la importancia del ejercicio de este derecho fundamental, lo cual incluye otras materias como el derecho de familia por medio de los diversos procesos.

Por su parte, los instrumentos como las Reglas de Brasilia son de gran importancia en el tema del derecho de defensa y logran establecer lineamientos más específicos, cuyo fin primordial es dar respaldo legal a las personas que presentan diferentes condiciones de vulnerabilidad ante la Administración de Justicia.

Sin duda alguna, por medio de la defensa pública, incluso ampliando sus funciones, la asistencia técnica y gratuita garantiza un efectivo derecho de defensa de las personas que están en una condición de vulnerabilidad.

De igual manera, podemos extraer de la Constitución Política de Costa Rica, principios de orden fundamental tendientes a desarrollar el derecho de defensa, de forma general, al igual que con el resto de normativa nacional como la Ley Orgánica del Poder Judicial y, sobre todo, en esfera de protección tan amplia que tienen las poblaciones vulnerables como lo son las personas menores de edad.

En virtud de lo anterior, existe una regulación normativa del derecho de defensa y la representación legal, tanto a nivel nacional como internacional, contamos entonces con el Código de Familia, la Ley de Pensiones Alimentarias, el Código de la Niñez y Adolescencia, la Convención Interamericana de Obligaciones Alimentarias y las Reglas de Brasilia.

Pero lamentablemente, el cumplimiento material de estas disposiciones no ha sido el más apegado a dicha normativa en materia de familia y, al igual que en algunos países, el tema del abogado o de la abogada de la persona menor en los procesos ha sido invisibilizado. En razón de ello, es importante analizar el tema del derecho de defensa desde una perspectiva de los derechos de la persona menor de edad.

II. *Derecho de defensa y la asesoría técnica en el marco normativo internacional*

La Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias de Pensiones tiene como fin la determinación del derecho aplicable a las obligaciones alimentarias, la competencia y la cooperación procesal internacional, cuando el acreedor o la acreedora de alimentos tenga su domicilio o residencia habitual en un Estado parte, y la persona deudora de alimentos tenga su domicilio o residencia habitual, bienes o ingresos en otro Estado parte. Lo anterior se aplica en el caso de menores y a las relaciones que se deriven de los vínculos matrimoniales entre cónyuges o quienes hayan sido tales, según el ámbito de aplicación establece en su artículo primero, o bien las demás personas acreedoras que el país incluya al momento de suscribir, ratificar o adherir a la presente Convención, de conformidad con su artículo tres.

La normativa internacional mencionada establece en su numeral once que para que las sentencias extranjeras sobre obligaciones alimentarias tengan eficacia extraterritorial en los Estados parte, deben reunir una serie de requisitos, entre ellos, la competencia del juez o de la jueza en la esfera para conocer y juzgar el asunto, la traducción y la legalización de la sentencia y los documentos al idioma oficial del Estado donde deban surtir efecto y de donde provienen. El inciso f del mismo artículo señala que: ***" [...] se haya asegurado la defensa de las partes [***…]". Lo anterior se complementa con el articulado catorce[1] de la misma normativa.

Es claro cómo se asume el compromiso por medio de los países parte del convenio como el nuestro, al facilitar esa asistencia gratuita de un o una profesional en la materia para que pueda representar los intereses de la parte en el proceso de pensión alimentaria, en las circunstancias en las que dos o más Estados se encuentren involucrados.

En el capítulo y la sección primera de las Reglas de Brasilia, se establece que el objetivo de dicha normativa consiste en garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación de ningún tipo y comprendiendo todo un grupo de políticas, medidas, facilidades y apoyos que les permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial.

Es importante mencionar que, entre las consideraciones que se plantean en esta normativa, se establece con respecto al tema que nos ocupa, específicamente en el capítulo segundo, como "[…] efectivo acceso a la justicia para la defensa de los derechos […]", y también en la sección segunda, numeral 28[2] .

Por otra parte, este instrumento internacional continúa haciendo énfasis en garantizar el derecho de defensa, incluso señalando a la Defensa Pública, por medio de la ampliación de sus funciones, ya no solo en materia de orden penal[3].

Ahora bien, este instrumento no solo señala la necesidad de que las partes vulnerables en un proceso cuenten con asistencia técnica, sino que establece cómo debe ser esa asesoría letrada en el numeral 30 de esta sección[4]. Un elemento importante que se resalta en dicho cuerpo legal y que se complementa con lo anterior es la necesidad de generar acciones para garantizar la gratuidad de esa asesoría técnica[5].

En el numeral 40[6] de dicha sección, se establece la necesidad de especialización de los funcionarios y profesionales para poder atender a esta sector vulnerable, lo cual implica necesariamente que el o la profesional que deba atender este tipo de casos requiera de especialización en la materia en sí, como en la forma de brindar el servicio. También la normativa en cuestión señala que incluso en caso de que sea aplicable la resolución alterna de conflictos, se deben gestionar medidas que permitan la participación de personas en estado de vulnerabilidad en este sistema, y reitera, como requisito de esta, entre otros, la asistencia de profesionales, de acuerdo con el numeral 47[7] .

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, más conocida como **Convención Belém Do Pará,** busca proteger los derechos de las mujeres, por medio de la eliminación de todo acto de violencia en contra de esta, definiendo la violencia según su primer artículo como toda conducta o acción que sobre la base del género produzca muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer en la esfera pública y /o privada.

En ese sentido, el artículo 4 realiza un reconocimiento de una serie de derechos humanos y libertades de la mujer; entre ellos, desde los más fundamentales como la vida, la integridad física, hasta la igualdad de la protección de la ley y, ante ella, el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos.

Lo anterior se relaciona con el numeral cinco de la misma normativa cuando señala que toda mujer podrá ejercer plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos.

De igual forma, existe una fundamental relación entre la posibilidad de la mujer de ejercitar sus derechos; en este caso, principalmente el derecho a un recurso sencillo que la ampare contra actos que violen sus derechos. Sin embargo, aun cuando no hace referencia expresa al patrocinio letrado

gratuito, podemos señalar que, en caso de que con motivo de esa violencia exista un delito, la mujer tendrá la posibilidad de ser asesorada por un o una representante del Ministerio Público, quien le informará del proceso y de sus derechos como víctima de un delito.

Ahora bien, si relacionamos esta normativa internacional con la Ley de Violencia Doméstica de Costa Rica, podemos indicar que el numeral 7 establece que los Estados parte convienen en adoptar políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo, entre varias de las acciones posibles, la inclusión de normas penales, civiles y administrativas en su legislación interna, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso para establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, los cuales incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos, a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación.

Este tipo de compromiso se complementa con el numeral 8, cuando los Estados señalan que convienen en adoptar medidas específicas, inclusive programas y servicios especializados para una atención especial de la mujer[8]. En este aspecto, se podría incluir un patrocinio letrado gratuito que la represente, por ejemplo, en los procesos de violencia doméstica.

III. Patrocinio letrado en materia de familia en Costa Rica

El patrocinio significa amparo protección auxilio; letrado significa sabio, docto, instruido y también puede ser brindado por alguien como la abogada o el abogado titulado en Derecho. El patrocinio letrado puede y debe ser instrumento para la realización de valores como la justicia y puede poseer diversos alcances como la protección formal de voluntad de las partes, el aseguramiento del asesoramiento correcto y la colaboración en la tarea del juez o de la jueza[9]. En el caso de las personas menores de edad, la abogada o el abogado se convierte en aquel que "[…] patrocina intereses y derechos definidos por el propio niño, sin sustituir su voluntad […]"[10].

En el Código de Familia de Costa Rica, se establece en el numeral 7 que: "[…] Para hacer valer los derechos consignados en este Código, quienes carezcan de asistencia legal y de recursos económicos para pagarla, tienen derecho a que el Estado se la suministre conforme a la ley […]".

Contradictoriamente, el mismo cuerpo legal establece en el numeral 151[11] que, en caso de conflicto por la autoridad parental, las partes pueden acudir al tribunal sin la necesidad de un abogado. Nótese que el primer numeral lo establece como un derecho de las personas que no cuentan con los medios económicos para ello. Sin embargo, el segundo es una posibilidad de elección de las partes.

Así se extrae del artículo 7 que, para reclamar los derechos establecidos en el Código de Familia, las partes necesariamente deberán contar con la asistencia de un o una profesional en Derecho, y se conmina que si la parte no puede pagarla por su condición económica, tiene derecho a que el Estado le brinde esta asistencia legal. Es decir, la asistencia legal es necesaria para garantizar ese derecho de defensa de los intereses de la parte, como una forma de garantía de un debido proceso en esta materia, y también se establece una delimitación expresa para la prestación del servicio, ya que necesariamente la parte solicitante debe carecer de recursos económicos que le permitan sufragar a un o una litigante particular, no dando lugar a la posibilidad de que el servicio sea brindado a cualquier persona ciudadana, sino que debe cumplirse con esta condición económica.

En materia de pensiones alimentarias, por ley, la respectiva asistencia legal gratuita se encuentra asignada a la Defensa Pública, la cual se encuentra

alrededor de todo el país, contemplado en el numeral trece[12] de la ley. La norma es expresa y clara en señalar que le corresponde a la institución la asistencia gratuita en dicha materia; es decir, a la Defensa Pública, la cual en un inicio podía tramitar la defensa de los intereses tanto de una parte como de otras.

Sin embargo, fue necesario realizar una interpretación en este aspecto y se modificó, dejando esa representación tan solo para la parte actora. En la sección n.º 23-01 del 4 de julio de 2001[13], propiamente en su artículo V, la resolución de la Corte Plena estableció que la Defensa Pública debería prestar servicio únicamente a una de las partes en el proceso de pensiones alimentarias; es decir, a la parte acreedora. Es importante indicar que lo anterior fue respaldado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica en la resolución 6610-01 del 10 de julio de 2001[14].

De igual forma, en la resolución 2001-8926, de las quince horas con cinco minutos del 5 de septiembre de dos mil uno, la Sala Constitucional se pronunció en el mismo sentido[15].

Otro cuerpo legal que regula la existencia del derecho de defensa, como base para la garantía de un adecuado proceso, es el Código de la Niñez y la Adolescencia, en el numeral 114[16] se disponen las garantías de los y las menores en un proceso.

La sentencia 180 de las 9:50 horas del 31 de enero de 2007[17] emitida por el Tribunal de Familia sobre el tema señaló que el numeral antes citado establecía el derecho del patrocinio letrado, y que si bien era cierto, en el caso del régimen establecido en el artículo 151 del Código de Familia sobre la autoridad parental, pueden presentarse sin un o una profesional en la materia, por lo que podría considerarse como una indefensión.

En virtud de las normas anteriormente citadas, tanto a nivel nacional como internacional, se evidencia la necesidad de contar con un o una representante legal en materia de familia; pero sobre todo un abogado o una abogada para la persona menor de edad, ello en aras de respetar un debido proceso, el derecho de defensa y, sobre todo, respetando el interés superior del o de la menor.

IV. El abogado del o de la menor como una verdadera garantía de tutela de los derechos de las personas menores de edad

El análisis de los tópicos citados en los acápites anteriores son de vital trascendencia para poder iniciar la conceptualización del abogado o de la abogada de la persona menor, ya que debe tenerse claro el derecho de la persona menor de contar con un patrocinio letrado, el derecho de defensa, el interés superior del o de la menor, la autonomía progresiva y, sobre todo, la importancia de la opinión de la persona menor en los procesos judiciales. Partiendo de este punto, debemos recordar que la resolución del Tribunal de Familia de Costa Rica, número 607[18] del 2007, de las nueve horas cuarenta minutos, contextualiza esta temática.

El derecho de tener un abogado o una abogada para la persona menor de edad debe ser entendido como una verdadera garantía en el proceso, ya que hace efectivos sus derechos como sujeto del proceso. Ahora bien, en su aplicación práctica, debemos recurrir a los países que tienen establecida esta figura para poder comprenderla mejor y, sobre todo, la doctrina calificada que ha desarrollado su trascendencia e importancia en el proceso.

Sobre ese tema, es importante citar a la M. Sc. Yudy Campos, quien realizó un estudio de la participación de las personas menores de edad en los procesos judiciales en Costa Rica, y en el 2009, concluyó que esta era limitada[19], lo cual va en detrimento de la Convención de los Derechos del Niño y la Observación General número 12.

Es importante rescatar los artículos del Anteproyecto del Código Procesal Familiar de Costa Rica n.º 19 455, aprobado por la Asamblea

Legislativa en primer debate, sobre la capacidad de las personas menores de edad, y en estos, se visualizan una amplia protección y resguardo de sus derechos, conforme los numerales 41, 42 y 43[20].

En los proyectos anteriores del Código Procesal de Familia en Costa Rica, se contemplaba la figura de la Fiscalía de Asuntos de Familia, pero esto cambió con la aprobación del texto n.º 19 455 del Proyecto de Ley Código Procesal de Familia, y ya no es parte del texto legislativo, debido a que únicamente se hace referencia a la Defensa Pública para los procesos de pensiones, artículo 56 del citado proyecto legislativo.

Por otra parte, no se indica la creación de la figura del abogado o de la abogada de la persona menor. Habría que cuestionarse quién tendría esta representación de forma directa, en aras de los principios internacionales que resguardan los derechos de las personas menores de edad[21].

En esta línea de ideas, es importante citar la resolución 590-14 del Tribunal de Familia de las diez horas diecisiete minutos del dieciséis de julio de 2014,[22] mediante la cual, se indica que no es suficiente con un patrocinio letrado, sino que deben garantizarse los derechos de las personas menores de edad en el proceso para que exista una verdadera tutela judicial efectiva.

La figura del abogado o de la abogada de la persona menor se encuentra regulada en algunos países. En primer lugar, podríamos citar el caso de Argentina[23], quien la tiene regulada de forma expresa y, en el caso de España,[24] está regulada por la Fiscalía de Menores. Ahora bien, en Canadá, se encuentra regulado el derecho de la persona menor de edad de ser escuchada[25].

Como reflexión, debemos indicar que la figura del abogado o de la abogada de la persona menor es de vital trascendencia en los procesos, y debería regularse en más países[26], ya que su existencia hace efectivos los derechos de la persona menor de edad y, sobre todo, hace valer su opinión en el proceso judicial.

Para tener claridad sobre los países que tienen regulada esta figura, sea como abogado o abogada de la persona menor o una persona representante en concreto –del Ministerio Público– presentamos un cuadro con esta información:

PAÍS	LEGISLACIÓN	NUMERAL
España	Ley de Enjuiciamiento Civil 2000, artículos 748 a 781	Artículo 749. Intervención del Ministerio Fiscal. 1. En los procesos sobre la capacidad de las personas, en los de nulidad matrimonial, en los de sustracción internacional de menores y en los de determinación e impugnación de la filiación será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes. El Ministerio Fiscal velará durante todo el proceso por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada. 2. En los demás procesos a que se refiere este título será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el **procedimiento sea menor**, incapacitado o esté en situación de ausencia legal.
El Salvador	Ley Procesal de Familia de El Salvador	Procuradores de Familia Art. 19.- En cada Juzgado de Familia habrá un Procurador de Familia, delegado del Procurador General de la República, quien velará por el interés de la familia**, de los menores**, incapaces y de las personas de la tercera edad, y además actuará en representación de la parte demandada en los casos previstos por la ley. El Procurador de Familia podrá intervenir y hacer uso de sus derechos en todos los actos procesales. Carencia o ausencia del representante legal de menores e incapaces Art. 20.- Cuando un **menor** o un incapaz haya de ser demandado y carezca de representante legal o se ignore el paradero de éste, se expresará tal circunstancia en la demanda y comprobada aquélla lo representará el Procurador General de la República, a través de sus auxiliares. Para comprobar la circunstancia indicada en el inciso anterior, el Juez señalará audiencia para recibir la prueba y dictar resolución.

Panamá	Código de Familia	Artículo 738. El Ministerio Público intervendrá, como representante de la sociedad y del Estado, en los procesos y actuaciones de la jurisdicción familiar; y el **Defensor del Menor**, en los procesos de menores, bajo sanción de nulidad en caso contrario. Se exceptúan los casos expresamente señalados en la ley. Artículo 834. Los abogados de oficio de familia y menores y los Defensores de Menores tienen las siguientes funciones: **1. Abogados de Oficio de Familia y Menores;** a. Ofrecer asesoramiento legal gratuito a las personas o familias de bajos recursos que se lo soliciten; b. Defender a los menores y a los discapacitados que así lo requieran, ante los Tribunales de Menores; c. Representar ante los Tribunales de Familia, ya sea como demandante o demandado, a todas aquellas personas que comprueben, mediante el análisis socio-económico correspondiente, que carecen de medios para pagar los servicios de un abogado; ch. Prestar servicios en los procesos en que los Jueces de Familia o de Menores lo designen; d. Servir de consultores legales gratuitos en los centros, hogares y albergues de atención integral, custodia, protección y educación de menores, ancianos, minusválidos y en otras entidades afines; e. Ofrecer servicios de asistencia legal a los centros de orientación y conciliación familiar; y f. Llevar un registro pormenorizado de los casos bajo su cuidado y rendir los informes que le soliciten las autoridades correspondientes. **2. Defensor del Menor**: a. Recibir las quejas, de cualquier individuo o institución, referentes a la violación de los derechos y garantías procesales de un menor; b. Solicitar al gobierno central, instituciones autónomas, semiautónomas o municipales, a la empresa privada, al Órgano Judicial y a la Jurisdicción Especial de Menores, los informes que requiera para la investigación de las violaciones u omisiones a los derechos y garantías del menor; c. Poner en conocimiento de las autoridades competentes los hechos que, a su juicio, impliquen situaciones irregulares en perjuicio del menor; ch. Promover las acciones judiciales que sean necesarias, en defensa de los derechos y garantías de su representado; d. Emitir concepto en los procesos de menores en los casos en que la ley así lo disponga; e. Presentar un informe anual al Presidente de la República y a la Asamblea Legislativa de las actuaciones de la defensoría del menor.

Perú	Ley Orgánica del Ministerio Público	Artículo 96 - A.- Son atribuciones del Fiscal Provincial de Familia: 1. Intervenir como parte, presentando los recursos impugnativos y ofreciendo las pruebas pertinentes, en los procesos de nulidad de matrimonio, de separación de cuerpos y de divorcio. 2. Intervenir como Dictaminador en los procesos sobre estado y capacidad de la persona, contenidos en la Sección Primera del Libro I del Código Civil. 3. Intervenir, a solicitud de parte, como conciliador en asuntos de familia, para propiciar acuerdos entre las partes y lograr la solución consensual al conflicto, siempre que no se haya iniciado proceso judicial, en asuntos de alimentos, tenencia de menores, régimen de visitas y del Régimen de Patria Potestad. No se podrá propiciar acuerdos sobre derechos no disponibles, irrenunciables o sobre materias que tengan connotación penal. El Acta de Conciliación Fiscal constituye título de ejecución, cuando se logre el acuerdo entre las partes. **4. Intervenir en todos los asuntos que establece el Código de los Niños y Adolescentes y la ley que establece la política del estado y la sociedad frente a la violencia familiar."**
Argentina	Ley 26.061 de Protección integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes	Artículo 27. - Garantías mínimas de procedimiento. Garantías en los procedimientos judiciales o administrativos. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; **c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;** d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.
Bolivia	Código de Familia	Artículo 381.- fiscales familiares Habrá fiscales de familia que ejercerán sus funciones cerca de los jueces de familia respectivos, de acuerdo a las atribuciones que se les señalan, y velarán por el cumplimiento y ejecución de las disposiciones del presente Código. Los fiscales de familia podrán intervenir además, por vía conciliatoria a objeto de lograr avenimientos o compromisos entre las partes, sin perjuicio de lo que resolviere la jurisdicción de familia. Los fiscales de familia forman parte del Ministerio Público, conforme a las leyes.

Estados Unidos	Precedentes jurisprudenciales	En diferentes Estados de E.E.U.U. autorizan a que un menor sea representado directamente por su abogado en temas de custodia controvertida entre los padres: Alaska, ver Alaska Stat. § 25.24.310(a) (Michie 1996); Arizona, ver Ariz. Rev. Stat. Ann. § 25-321 (West 1991); California, ver Cal. Fam. Code § 3150(a) (West 1994); Colorado, ver Colo. Rev. Stat. Ann. § 14-10-116 (West 1997); Connecticut , ver Conn. Gen. Stat. Ann. § 46b-54(a) (West 1995); Delaware , ver Del. Code Ann. tit. 13, § 721(c) (1993); District of Columbia, ver D.C. Code Ann. § 16-918(b) (1997); Florida, ver Fla. Stat. Ann. § 61.401 (West 1997); Idaho, ver Idaho Code § 32-704(4) (1996); Illinois, ver 750 Ill. Comp. Stat. Ann. 5/506 (West 1993); Iowa, ver Iowa Code Ann. § 598.12(1) (West 1996); Louisiana, ver La. Rev. Stat. Ann. § 9:345(A)-(B) (West 1997); Maine, ver Me. Rev. Stat. Ann. tit. 22, § 4005(1)(A) (West 1996); Maryland, ver Md. Code Ann., Fam. Law § 1-202 (1997); Michigan, ver Mich. Comp. Laws Ann. § 722.27(1)(e) (West 1993); Nebraska, ver Neb. Rev. Stat. § 42-358(1) (1993); New Jersey, ver N.J. Stat. Ann. § 9:2-4(c) (West 1993); New York, ver N.Y. Fam. Ct. Act § 249(a) (McKinney 1983); Ohio, ver Ohio R. Civ. P. 75(B)(2); Oregon, ver Or. Rev. Stat. § 107.425(3) (1990); Pennsylvania, ver Pa. R. Civ. P. 1915.11; Rhode Island, ver R.I. Gen. Laws § 15-5-16.2(c) (1996); South Dakota, ver S.D. Codified Laws § 25-4-45.4 (Michie 1992); Utah, ver Utah Code Ann. § 30-3-11.2 (1995); Vermont, ver Vt. Stat. Ann. tit. 15, § 594 (1989); Virginia, ver Va. Code Ann. § 16.1-266(D) (Michie 1996); Washington, ver Wash. Rev. Code Ann.§ 26.09.110 (West 1997). (Tomado de http://law.indiana.edu/ilj/oldsite/volumes/v73/no2/hill.html).
Francia	Código Procesal Civil	**Artículo 338-7** (Introducido por el art. 20 del Decreto nº 93-1091 de 16 de septiembre de 1993, Boletín Oficial de 17 de septiembre de 1993) **Si el menor compareciere solo al acto de toma de declaración, el tribunal le advertirá de su derecho a declarar asistido de abogado o de otra persona de su elecció**n. Si el menor se acoge a ese derecho, la declaración se aplazará a una fecha posterior. El abogado elegido por el menor lo pondrá en conocimiento del tribunal. Si el menor solicita declarar asistido de abogado pero no lo designa por sí mismo, el tribunal requerirá su designación al decano del colegio de abogados. **Artículo 338-9** (Introducido por el art. 20 del Decreto nº 93-1091 de 16 de septiembre de 1993, Boletín Oficial de 17 de septiembre de 1993) Los órganos colegiados podrán tomar declaración en pleno al menor o bien designar a uno de sus miembros para que proceda a la toma de declaración y dé cuenta de ello.
Canadá	No hay referencia directa	"Las instrucciones que da un niño de 4 o 5 años no deben ser saboteadas so pretexto que no se trata de instrucciones que le da a su abogado, a menos que el niño tenga una discapacidad mental. El Abogado sólo debe apartarse del caso cuando considere que el niño no es capaz o no quiere expresar sus opiniones sobre el derecho de visita o custodia". (Campos, 2009, p 71).

V. Conclusión

Se extrae del estudio normativo de Costa Rica sobre el patrocinio letrado que sí existe una regulación normativa, tanto a nivel nacional como internacional, en el Código de Familia, la Ley de Pensiones Alimentarias, el Código de la Niñez y la Adolescencia, la Convención Interamericana de Obligaciones Alimentarias y las Reglas de Brasilia.

Sin embargo, lamentablemente a excepción de las pensiones alimentarias, el cumplimiento material de estas disposiciones no ha sido el más apegado a dicha normativa en materia de familia, y mucho menos en la niñez y la adolescencia. Pensando en la persona menor de edad, sus derechos se encuentran especialmente invisibilizados, ya que, al no contar con el abogado o la abogada de la persona menor, debemos confiar en las habilidades del juez y de la jueza. Pero esto a veces no resulta suficiente en los procesos, ya que requiere del resguardo de un o una representante legal que haga efectivos los derechos y, sobre todo, la opinión de la persona menor en los procesos judiciales, como se encuentran regulados en países como Argentina.

Los principios consagrados en las normas internacionales, tanto el derecho a la igualdad, como el derecho de los niños y las niñas a opinar y ser oídos, representan dos eslabones importantes del derecho de familia y, específicamente, del derecho procesal de familia. El conocimiento y estricto cumplimiento de estas garantías son herramientas indispensables para la persona administradora de justicia dentro de un Estado que se precie de ser democrático y de derecho.

Por tanto, la figura de la abogada o del abogado de la persona menor resulta de mucha importancia y debe ser implementada en más países como Costa Rica.

Referencias bibliográficas

Libros

Burgués, M. (2011). Ejercicio de defensa e infancia. Implicancias en la legislación de protección integral nacional y de la provincia de Santa Fe. Memoria del IV Congreso Estado de Derecho e Infancia. Montevideo: Ompli.

Camacho, E. (2011). Los deberes y derechos de las personas menores de edad y su participación en los procesos judiciales. En Derecho de familia, San José: Escuela Judicial.

Famá M. y Herrera M. (2008). Participación de los niños y adolescentes en el derecho procesal de familia. En Kielmanovich, J. y Benavides, D. (ed.). Derecho procesal de familia. San José: Editorial Jurídica Continental.

Moreno, D. (s.rf). La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño. Lectura de la Antología de la Maestría de Familia de la Universidad Latina.

X Congreso Internacional de Derecho de Familia. Segunda Comisión. (2000). El niño como sujeto de derechos. El interés superior del niño en las distintas instituciones jurídicas. En Kemelmajer de Carlucci, A. El derecho de familia y los nuevos paradigmas. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, Tomo III.

Trabajos finales de graduación

Campos, Y. (2009). La participación de las personas menores de edad en los procesos familiares a la luz del Anteproyecto de la Ley Procesal Familiar. (Tesis de Maestría, Universidad Nacional).

González, S. (2013). La Participación de las personas menores de edad en los procesos familiares, donde se discutan los atributos de la autoridad parental a la luz del Anteproyecto Procesal Familiar. (Tesis de Maestría, Universidad Nacional).

Documentos de Internet

Ciuro, Caldani. La obligatoriedad internacional del patrocinio letrado. Recuperado el 9 de julio de 2013 de http://cartapacio.edu.ar

Normativa

Constitución Política (1949, 7 de noviembre)
Código de Familia (Ley N.° 5476) (1973, 7 de noviembre).

Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley N.° 7739), (1997, 11 de diciembre).

Convención sobre los derechos de los niños.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). Recuperado de: http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html En fecha: 15 de mayo de 2012.

Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño. (1989).

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH)

Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)

Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia de El Salvador. (2009 26-marzo).

Ley de Pensiones Alimentarias de Costa Rica

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades para Personas con Discapacidad Reglas de Brasilia.

Resoluciones Judiciales

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA. Resolución 6610-01 del diez de julio del dos mil uno.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA. Resolución 2001-8926 de las quince horas con cinco minutos de setiembre del dos mil uno.

TRIBUNAL DE FAMILIA. Resolución 180 de las nueve horas cincuenta minutos del treinta y uno de enero del dos mil siete.

TRIBUNAL DE FAMILIA. Resolución 607 de las nueve horas cuarenta minutos del dos mil siete.

TRIBUNAL DE FAMILIA. Resolución 590 de las diez horas diecisiete minutos del dieciséis de julio del dos mil catorce.

Notas al final

1 *"[…] Ningún tipo de caución será exigible al acreedor de alimentos por la circunstancia de poseer nacionalidad extranjera, o tener su domicilio o residencia habitual en otro Estado. El beneficio de pobreza declarado en favor del acreedor en el Estado Parte donde hubiere ejercido su reclamación, será reconocido en el Estado Parte donde se hiciere efectivo el reconocimiento o la ejecución. Los Estados Parte se comprometen a prestar asistencia judicial gratuita a las personas que gocen del beneficio de pobreza […]".*

2 *"[…] Sección 2ª.- Asistencia legal y defensa pública*
1.- Promoción de la asistencia técnico jurídica a la persona en condición de vulnerabilidad
(28) Se constata la relevancia del asesoramiento técnico-jurídico para la efectividad de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad:
• En el ámbito de la asistencia legal, es decir, la consulta jurídica sobre toda cuestión susceptible de afectar a los derechos o intereses legítimos de la persona en condición de vulnerabilidad, incluso cuando aún no se ha iniciado un proceso judicial;
• En el ámbito de la defensa, para defender derechos en el proceso ante todas las jurisdicciones y en todas las instancias judiciales;
• Y en materia de asistencia letrada al detenido[…]".

3 *"(29) Se destaca la conveniencia de promover la política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona vulnerable para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales: ya sea a través de la ampliación de funciones de la Defensoría Pública, no solamente en el orden penal sino también en otros órdenes jurisdiccionales; ya sea a través de la creación de mecanismos de asistencia letrada: consultorías jurídicas con la participación de las universidades, casas de justicia, intervención de colegios o barras de abogados[…]".*

4 *"(30) Se resalta la necesidad de garantizar una asistencia técnico-jurídica de calidad y especializada. A tal fin, se promoverán instrumentos destinados al control de la calidad de la asistencia […]".*

5 *"[…] (31) Se promoverán acciones destinadas a garantizar la gratuidad de la asistencia técnico-jurídica de calidad a aquellas personas que se encuentran en la imposibilidad de afrontar los gastos con sus propios recursos y condiciones […]".*

6 *"[…] (40)[…] Se adoptarán medidas destinadas a la especialización de los profesionales, operadores y servidores del sistema judicial para la atención de las personas en condición de vulnerabilidad.[…]".*

7 *"[…] (47) Se promoverá la adopción de medidas específicas que permitan la participación de las personas en condición de vulnerabilidad en el mecanismo elegido de Resolución Alternativa de Conflictos, tales como la asistencia de profesionales, participación de intérpretes, o la intervención de la autoridad parental para los menores de edad cuando sea necesaria. […]".*

8 *"d. suministrar los servicios especializados apropiados para la atención necesaria a la mujer objeto de violencia, por medio de entidades de los sectores público y privado, inclusive refugios, servicios de orientación para toda la familia, cuando"[…].*

9 Ciuro, p. 37.

10 Moreno, p. 58.

11 *"[…]El padre y la madre ejercen, con iguales derechos y deberes, la autoridad parental sobre los hijos habidos en el matrimonio. En caso de conflicto, a petición de cualquiera de ellos, el Tribunal decidirá oportunamente, aun sin las formalidades del proceso, y sin necesidad de que las partes acudan con un profesional de derecho. El tribunal deberá resolver tomando en cuenta el interés del menor. […]".*

12 ***"Artículo 13.-****Asistencia legal del estado con el fin de hacer valer los derechos aquí consignados, quienes carecieren de asistencia legal y de recursos económicos para pagarla, tendrán derecho a que el estado se la suministre gratuitamente. Para este efecto el poder judicial creará una sección especializada dentro del departamento de defensores públicos".*

13 ***"[...]*** *Interpretar la disposición del artículo 13 de la ley de pensiones alimentarías... de tal forma que la asistencia letrada en pensiones alimentarías, únicamente se brinde a la acreedora o acreedor […]"*

14 ***"[...]VI.-*** *De conformidad con los presupuestos expuestos, tampoco se estima lesionado el principio de igualdad, toda vez que el acreedor alimentario y el obligado no se encuentran en igualdad de condición. En este tipo de obligaciones alimentarias, no existen dos partes iguales, sino una dominante por su independencia económica y otra dominada por su sujeción económica; y debe considerarse que el principio de igualdad ante la ley no es de carácter absoluto, pues no concede un derecho propiamente a ser equiparado a cualquier individuo sin distinción de circunstancias, sino más bien a exigir que la ley no haga diferencias entre dos o más personas que se encuentran en una misma situación jurídica o en condiciones idénticas, o sea que no puede pretenderse un trato igual cuando las condiciones o circunstancias son desiguales, como en el caso concreto. Recuérdese que el bien jurídico protegido a través de la imposición de una pensión alimentaria, es la necesidad y condición de dependencia en que se encuentra el acreedor alimentario respecto al obligado. Por consiguiente, no se les puede estimar en igualdad de condición, de hecho los acreedores alimentarios recurren a los Tribunales por encontrarse en una situación de necesidad y precariedad, toda vez que el obligado incumplió con sus deberes familiares y legales, resultando razonable, que el Estado ante esta situación les facilite al menos la asesoría jurídica para que puedan accesar [sic] a la justicia exigiendo sus derechos de índole humanitario, pues de dicha pensión muchas veces, dependen sus necesidades básicas para vivir. Por otro lado, el artículo 114 del Código de la Niñez y la Adolescencia vino a reafirmar la necesidad de otorgar este beneficio, cuando dispuso que en aquellos procesos y procedimientos en que se discutan los derechos de personas menores de edad, el Estado les garantizará la defensa técnica y la representación judicial gratuita. Fue con dicho espíritu que la ley acogió la posibilidad de brindarle a los acreedores alimentarios el beneficio de poder acceder a exigir sus derechos contando al menos con la defensa técnica en forma gratuita por parte del Estado y no así con el obligado, quien conocedor de sus obligaciones y evasor de las mismas, deberá asumir su defensa en las instancias judiciales, quien para dichos efectos, podrá encontrar asistencia en los consultorios jurídicos u otros medios […]".*

15 *"[…] Por lo anteriormente indicado ha considerado esta Sala que la defensa pública no está obligada a brindar asistencia gratuita a quien es demandado en un proceso de alimentario, como se da en el caso del recurrente por cuanto no es esta una materia determinada por ley para recibir esa asistencia [...]".*

16 ***"[...] ARTÍCULO 114.- Garantías en los procesos***
En los procesos y procedimientos en que se discutan los derechos de personas menores de edad, el Estado les garantizará:
a) Gratuidad: *el Estado proporcionará a toda persona menor de edad la defensa técnica y la representación judicial gratuita. […]*
c) Igualdad: *la Administración Pública y el juez deberán garantizar la igualdad de las partes y procurar su equilibrio procesal y el derecho de defensa. […].*
f) Derecho de audiencia: *en todos los procesos administrativos y judiciales relacionados con los derechos de esa población se escuchará su opinión […]".*

17 *"[…]* ***Se violenta el derecho de todo ciudadano, en casos litigiosos, de contar con el patrocinio letrado de un profesional en derecho, tal como lo obliga la normativa procesal en el numeral 114 del Código de rito,*** *tanto para que el demandante tenga un conocimiento cabal de lo pedido y de sus consecuencias y expectativas, cuanto para la debida consulta con su director judicial ante cada situación o acto procesal que se produzca en el transcurso del proceso, además del uso de los medios de impugnación por la vía de los recursos que concede la ley. Si bien la práctica de iniciar estos procesos de visitas a través del nuevo procedimiento expedito creado en el artículo 151 del Código de Familia para conflictos en el ejercicio de la patria potestad podría entenderse como una iniciativa loable, la verdad es que con tan buena intención podría procurarse más bien indefensión a los involucrados en un conflicto como el que aquí se presenta, que no se trata de simples diferencias en el ejercicio de los roles de patria potestad sino de posiciones evidentemente contrarias". (El resaltado no es del original).*

18 *"[…] la normativa toma en cuenta que debido a la especial condición de personas en etapa de desarrollo la exigibilidad de los derechos por parte de los titulares menores de edad tienen características particulares diferentes a la exigibilidad de los derechos de los adulto. Se establecen así mecanismos para que los niños, las niñas y los adolescentes ejerzan el derecho a opinar y se respete la obligación de consultarlos en la toma de decisiones que los afecten. Es precisamente el derecho a opinar plasmado en la Convención sobre Derechos de Niños el que convierte en realidad la posibilidad de que sean sujetos de derechos […]".*

19 *"[…] La participación de las PME en los procesos judiciales actualmente es limitada, pues en algunos casos no se les entrevista, sin que ello se justifique […]"* (Campos, 2009, p. ii). Inclusive a lo largo de su estudio indica que las personas menores de edad "*[…] no tienen participación directa en los procesos que le afectan, pese a lo que establece el artículo 105 del Código de la Niñez y Adolescencia, sobre la participación directa*". (Campos, 2009, p. 75).

20 *"Artículo 41. Representación procesal de menores de edad y personas con discapacidad Se reconoce a todas las personas mayores de doce años el ejercicio personal y plena de la capacidad procesal, para el trámite de los procesos establecidos en este Código, sin perjuicio de que prefieran que sus padres u otras personas representantes actúen en su nombre. Tratándose de personas menores de doce años, la autoridad judicial llamará a quien ejerza la responsabilidad parental o bien, en su caso, a quien asigne el Patronato Nacional de la Infancia y, si esta persona no se encontrare disponible en ese momento, podrá nombrársele representación provisional hasta tanto el ente mencionado apersone a la persona elegida. No obstante, estas personas podrán ejercer el derecho a ser oídas y participar activamente de manera progresiva y conforme a su capacidad volitiva, según la ley y bajo la apreciación del tribunal; teniendo derecho a acudir personalmente ante este y a que se les atienda en forma personalizada y conforme a sus características etarias, debiendo las personas funcionarias judiciales velar por la efectivización de los derechos de las personas menores de edad. Excepcionalmente las personas menores de doce años podrán accionar en forma personal. En este caso, para el inicio del proceso el tribunal deberá contar con un informe psicológico del Departamento de Trabajo Social y Psicología del Poder Judicial que acredite que la persona menor de edad tiene la capacidad para ejercer dicha acción". "Artículo 42: Asistencia y patrocinio letrado gratuito: "El Estado garantizará la asistencia y el patrocinio letrado gratuito a las personas menores de edad que carezcan de medios económicos suficientes". "Artículo 43: Garantías mínimas en el procedimiento para personas menores de edad: "Se debe garantizar a toda persona menor de edad todos los derechos contemplados en la Constitución política, la Convención sobre los Derechos del Niño, otros tratados internacionales y las leyes de la materia".*

21 "*la tarea de la jurisdicción de niñez y adolescencia se orienta a determinar la forma más adecuada de dar participación a las personas menores de edad […]".* (Camacho, 2011, p. 58).

22 "*[…] es deber de los juzgadores garantizar el Derecho Humano de acceso a la justicia, de las personas menores de edad, se desarrolle plenamente. Este derecho no se cumple, solamente con la existencia de una representación procesal formal, sino que esta debe ser eficaz y eficiente en términos de que los intereses de la persona menor de edad se defiendan a cabalidad, bajo el estricto respecto del principio de su mejor interés o superior interés […]".*

23 *"[…] por medio de la Ley 26.061, que en su artículo 27 dispone, en lo que interesa, que este derecho comprende el derecho y garantía de ser oído ante la autoridad competente, cada vez que así lo solicite el niño y el adolescente; y a que su opinión sea tomada en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo. En el caso de carecer de recursos el Estado suministrará este letrado; además tiene derecho a participar activamente el procedimiento y a recurrir ante el superior cualquier resolución que le afecte […]".*

24 *"[…] por el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal tiene por objetivo garantizar los derechos fundamentales de las personas menores de edad, durante su minoridad.* (Campos, 2009, p. 70).

25 *"[…] en Quebec, la ley establece que el tribunal tiene la obligación de dar al niño, que quiere la oportunidad de ser oído si su edad y discernimiento lo permitan […]"* (Campos, 2009, p. 71).

26 *"[…] en países, como Francia (abogado personal), Inglaterra (Guardián Ad Litem), Alemania (representante de la Oficina de la Juventud), Estados Unidos (defensores voluntarios de los Niños), Italia (Curador especial) entre otros, la figura del abogado del niño , o profesional similar que defienda los intereses del niño, en ejercicio directo de sus derechos existe desde larga data […]".* (Famá y Herrera, 2008)

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 125, págs 143-155 ISSN 2215-2385 / diciembre 2018

GARANTÍAS AUTÓNOMAS O *AT FIRST REQUEST*

*Dr. Fernando Mora Rojas**
fermora@racsa.co.cr

Recibido 14 agosto 2018 Aceptado 16 agosto 2018

RESUMEN

Decir que el Derecho Comercial se desarrolla al impulso de las necesidades del comercio, es un lugar común. Pero es la realidad. Desde su aparición, producto del renacimiento del comercio en los siglos XI y XII, a finales de la Alta Edad Media, hasta nuestros días, los comerciantes inventan soluciones prácticas a sus problemas y mecanismos nuevos para resolver viejos problemas. El oneroso sistema para garantizar el cumplimiento de obligaciones contractuales mediante depósitos en efectivo o certificados de depósito u otros mecanismos, primero en el sector público y luego en el privado, es sustituido ingeniosamente con una garantía de un banco o de una aseguradora. Pero una garantía, en sí misma, novedosa, que le evita al garantizado tener que pasar bajo las horcas caudinas de un largo proceso para discutir obligaciones y derechos de la relación contractual garantizada: el garante debe pagar la garantía con la sola solicitud del beneficiario que alega que el garantizado incumplió. – Una vez más el ingenio del comercio inventa una solución práctica, rápida y barata.

Palabras claves

Derecho comercial, garantías autónomas

ABSTRACT

Sustain that Merchant Law development is a consequence of the practical needs of the trade is a common place. But it is true. Just from the start, as an effect of Renaissance of Commerce, during XI and XII Centuries, at the very end of High Middle Ages, until present, merchants produced practical solution to solve their problems and new systems to overcome old problems. The expensive system to guarantee the fulfillment of contractual obligations through cash deposits, CD's or other mechanisms, at the beginning on Public Sector and then in the Private one, comes substituted, ingenously, by a guaranty given by a bank or an insurance company. But, on this case we are talking about a real new guaranty, which avoids the guaranteed to pass under "caudinas gallows" of a long judiciary process to discuss aspects of the contractual guaranteed relationship the guarantor should pay the guarantee at the first request of the beneficiary. Once again the genius of commercial invents a practical fast and cheap solution

Keywords

Commercial law, independent guarantees.

---

* Doctor en Derecho Comercial y Comparado. Catedrático Universidad de Costa Rica. Fue presidente del Banco Internacional de Costa Rica durante siete años.

Al proponerme inicialmente la investigación sobre este tema, me pregunté si realmente era un tema de actualidad que podría interesar a los y las especialistas. Lo cierto es que los banqueros y aseguradores parecen conocer en nuestro medio el fenómeno de las garantías bancarias autónomas; aunque en un plano eminentemente práctico. Pero ¿los y las juristas conocemos sus alcances científicos o solamente, al igual que nuestros clientes, el enfoque del uso práctico?

Por otra parte, el fenómeno no es nuevo, pues ya a finales del siglo antepasado, Rudolf Stammler[1] señalaba la existencia, por un lado, de los contratos accesorios de garantía, accesorios precisamente respecto a una obligación principal y, por otro, la existencia de contratos de garantía pactados por las partes en modo tal que los consideraban independientes del contrato o relación jurídica principales. En este último caso, se constituía o nacía una obligación autónoma en cabeza del garante. Stammler llamó a estas garantías independientes, "contratos autónomos de garantía" o Garantieverträge.

Sin embargo, aunque el fenómeno no es nuevo, se comprueba que, por una parte, no es conocido en sus alcances jurídicos; por otra parte, tampoco es notorio en su conceptualismo ni en su tipología y, en tercer término, ha surgido de nuevo a la superficie tanto por los trabajos de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) como de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)[2].

En efecto, en 1982, la CNUDMI solicitó a su secretario general un estudio sobre el funcionamiento de las cartas de crédito con el propósito de determinar los problemas jurídicos que planteaba su uso.

Esta decisión de la Comisión se originó en el hecho de que, en ese momento, la CCI llevaba a cabo una revisión de la versión de 1974 de los Usos y Prácticas Uniformes en materia de Crédito Documentario (UPU), y se consideró oportuno que la Comisión incursionara en ese campo. Así se hizo, en efecto. El estudio de la carta de crédito llevó al de la stand-by letter of credit o carta de crédito contingente de gran auge en nuestros bancos por influencia del comercio con los Estados Unidos de Norteamérica y por la constante relación con las prácticas bancarias en los Estados Unidos que la banca nacional ha tenido a través de su brazo internacional, el Banco Internacional de Costa Rica[1].

A su vez, el estudio de la carta de crédito contingente desembocó en la conclusión de que se trataba realmente de una garantía, y ello llevó a replantearse el tema de estudio: ahora se decidió estudiar la "carta de crédito contingente y las garantías". (Sobre el carácter de garantía de la carta de crédito contingente, ver el doc. De CNUDMI A/CN.9/301, pfos. 26 y 35, entre otros).

En este momento, en mi criterio, los estudios sobre stand-by letters y garantías independientes tienden a confundirse o más bien a fundirse, y creo que el tema principal, a corto plazo, serán las garantías independientes o autónomas, incluidas dentro de ellas la carta de crédito contingente.

Es interesante señalar que la CCI, en su versión de las "Normas Uniformes para las Garantías Contractuales" de 1978, manifestó: "[…] no se ha estimado conveniente establecer normas especiales aplicables a las denominadas fianzas pagaderas a simple o a primera solicitud en virtud de las cuales deben satisfacerse los reclamos sin una prueba independiente de su validez".

Para ellos se alega la necesidad de "dotar de contenido moral al otorgamiento de fianzas "(A/CN.9/301, p. 18). El párrafo 66 de ese documento (op. Ed. loc. cit.) señala: "Es evidente que el artículo 9 no establece la validez de una fianza a la primera solicitud".

De todo lo anterior nace mi impresión que transmitir algunos conceptos sobre el tema pueda resultar de utilidad para nuestros lectores.

Después de la Segunda Guerra Mundial, el auge del comercio alemán lleva a la búsqueda de instrumentos jurídicos ágiles y seguros. Así se descubre la gran utilidad de la Garantievertrag.

En efecto, un contrato de garantía que se desvincula de la suerte jurídica y de los resultados prácticos del negocio principal es una institución a la que se puede augurar un gran éxito.

En el Garantievertrag, el carácter autónomo de la garantía lleva a la imposibilidad de las excepciones provenientes de la relación subyacente. Como un autor señala, se crea un nuevo tipo de contrato de garantía que rápidamente "es empleado por bancos y compañías de seguros para garantizar la prestación "auf jaden Fall", bajo cualquier circunstancia, en cualquier caso, independientemente de la particularidad de que la obligación del deudor principal llegue o no a existir o de que devenga imposible"[3].

Ernesto Eduardo Martorell señala:

> *Afirma Arnold Wald que – ante la necesidad de sustituir las cauciones en dinero o nuevas garantías. "Por otra parte, se pretendía también separar la garantía de la obligación principal creando un título abstracto – desvinculándolo del "contrato base" con lo cual se cubría toda probabilidad de que, invocando vicios o eventuales incumplimientos de sus cláusulas, se frustrase el pago. (Tratado de los contratos de empresa. (1996). III, Buenos Aires: Depalma, p. 627).*

Sin embargo, como se ha señalado, esa modalidad de garantía adolece del peligro de poder ser atacada en su base misma respecto a los elementos esenciales de la obligación del garante, principalmente en cuanto al incumplimiento del obligado principal. Es entonces cuando se crea una práctica comercial que evita ese riesgo: la cláusula del "pago a primera solicitud" una nueva modalidad de la Garantievertrag.

Separando totalmente el contrato de garantía de la relación jurídica principal, se llega prácticamente a la autonomía: la obligación del garante es autónoma, es una obligación "am sich", independientemente de si el garantizado incumplió o no verdaderamente su obligación. La persona beneficiaria no está entonces, a su vez, obligado a demostrar el incumplimiento. Basta que diga que ha habido incumplimiento y que señale los presupuestos que legitiman su solicitud, sin más.

Este negocio jurídico se extiende internacionalmente, pero también obtiene aceptación en las relaciones contractuales internas.

En un caso o en el otro, funciona conforme al esquema siguiente:

I.- <u>Un contrato base</u> (llamado relación económica o de cambio): contrato de obra, compra venta, suministro, crédito, etc.

II.- <u>Un contrato de mandato</u> (no siempre aparente en el negocio jurídico de garantía) mediante el que la persona obligada a una prestación (constructor, vendedor, suministrante, deudor, etc.), en la relación económica o de cambio, contra una provisión o una garantía real, encarga a un banco o a una compañía de seguros pactar un contrato de garantía con su acreedor (llamado beneficiario) con la autorización de cargar contra la provisión (si la ha habido) o de cobrar contra la garantía real (generalmente de títulos valores) las sumas que deba pagar a la persona beneficiaria.

III.- <u>Un contrato de garantía,</u> mediante el cual el o la garante se obliga a cubrir las sumas que correspondan al garantizado o beneficiario a la sola solicitud de este sin que el garante pueda interponer excepciones que no provengan del texto del contrato de garantía y a pesar de cualquier oposición del obligado principal. Ninguna litis pendente en relación con la existencia, permanencia o exigibilidad del crédito, puede interponerse al beneficiario. En

síntesis, los accidentes de la relación subyacente o contrato base no enervan la obligación del garante de cumplir con su obligación a la simple solicitud de la persona beneficiaria; la garantía es, pues, independiente de la relación subyacente.

Denominación del tipo jurídico: este tipo de garantía ha sido denominado de diversos modos: garantía "abstracta" (Giuseppe. B. PORTALE. 1988. Le garanzie bancarie internazionali. Banca Borsa e Titoli di Credito, p. 3) hacendo referencia a la autonomía frente a la relación jurídica subyacente; garantía "bancaria", que Portale (op. cit (2) p. 5) califica de denominación impropia porque las garantías a primera solicitud no solo son otorgadas por los bancos y las aseguradoras, y "reductiva", en cuanto a que en el comercio internacional se encuentran garantías bancarias de fianza que también contienen cláusula de "pago a primera solicitud"[4].

Es una garantía automática que, como Dario Loiacono señala (Banca Borsa e Titoli, 1986, p. 432, (3)) es sinónimo de "garantía a primer solicitud". También se le ha llamado, como hemos visto, "garantía a primera solicitud", cuyo significado ha sido examinado; garantía "pura", denomina a la garantía a primera solicitud, entre otras la sentencia del Trib. Milano. 2-oct-85, en el caso Acieroid Italiana s.p.a. c/ Banca Commerciale Italiana, y la sentencia Trib. Milano, 22-set-86 usa la denominación "garantía incondicional".

El profesor Michel Vasseur ha preferido hablar de "garantía independiente" (Michel Vasseur, "Dix ans de jurisprudence francaise relative aux garanties independents", estudio inédito que amablemente el autor me facilitó) sin desconocer (p. 16) que la Cámara Comercial de Casación prefiere hablar de "garantía autónoma".

Por otra parte y, en cierta forma, podríamos indicar que en el sistema del "common law", las llamadas "on-demand guarantees", "fist demand or simple demand guarantees" equivalen a la "stand-by letter of credit". (Salvatore MACCARON. "Demand Guarantees compromising on conflicting interests. (The legal relationship between the parties)". ICC Symposium, Paris, p. 3).

FUNCIÓN ECONÓMICA DE LA GARANTÍA A PRIMERA SOLICITUD

La garantía a primera solicitud o la stand-by letter of credit han surgido principalmente para cubrir distintos momentos, generalmente en contrataciones internacionales (aunque no exclusivamente de obras públicas o privadas, o de suministros de materias primas o productos terminados, o en general, de compraventas, créditos, etc.

Antes del uso de estos instrumentos jurídicos, el normal sistema era la constitución de un depósito en efectivo o de un depósito de títulos. Lo oneroso del sistema no escapa al lector, que implica una inmovilización de riqueza que, necesariamente, pesará sobre la liquidez o solvencia residual de la empresa. En el primer caso, al inmovilizar fondos en efectivo y, en el segundo, al no poder disponer para su operación financiera de títulos que quedarían bloqueados con la garantía.

El profesor Vasseur, siguiendo la opinión unánime de la doctrina y de la jurisprudencia, insiste en esta tesis sobre el origen de este tipo de garantías: "El hecho de que la garantía pueda así ser exigida a simple solicitud no debe sorprender. La garantía a primera solicitud es históricamente el sustituto de un depósito de fondos o de títulos, que el comprador o el vendedor, o el contratista exigían. Tal procedimiento implicaba una inmovilización antieconómica de dinero o de valores […] Algunos compromisos de garantía testimonian todavía la relación existente con la antigua práctica de depósitos de garantía".

Una resolución del Tribunal de Grande Instance de París (11 de julio de 1980, D. 1981. 336, nota vasseur) proporciona la prueba; se refiere a un compromiso en los siguientes términos: "Nos comprometemos a tener a vuestra disposición, a título de depósito de garantía, pagable en efectivo

a vuestra primera solicitud… la suma de US$…" (M. Vasseur, op. cit., p. 9, traducción personal).

El profesor Maccarrone (op. cit., p. 3, traducción personal) considera que intentan (las garantías a primera solicitud) proveer al beneficiario con un mecanismo satisfactorio equivalente a un depósito de dinero que se le hubiera entregado… Esta función y finalidad de la garantía parecen ser frecuentemente , cuando son los elementos clave y el propósito fundamental del compromiso mismo, y que, si consideradas adecuadamente, permiten resolver de la mejor manera la mayor parte de los problemas que se plantean. (Vid. misma posición op. cit., 2(a) p. 13 y 2(b) p. 15.

Además, el autor lleva a cabo un interesante análisis de la inoponibilidad de la excepción de compensación en vista de que este tipo de garantía se otorga en lugar de un depósito en efectivo, todo según la jurisprudencia alemana).

Es evidente el enorme valor práctico que el tipo de garantía que aquí examinamos posee. Sustituir un depósito de garantía por una garantía a primera solicitud, dejando así libres, fondos que de otra manera hubieran quedado inmovilizados no solo económicamente, es una sustitución beneficiosa, en términos generales, sino que, como se ha indicado, permite un equilibrio de intereses de las partes contratantes.

La persona beneficiaria, al poder exigir la ejecución de la garantía sin tener que probar el incumplimiento del garantizado, escapa a todos los riesgos económicos de lo que hemos llamado el contrato base y se evitan los atrasos de procesos judiciales o arbitrales.

La persona deudora garantizada –también se ha señalado– se ve psicológicamente presionada al cumplimiento de su obligación precisamente para que la persona beneficiaria no recurra a la garantía.

ESTRUCTURA DE LA GARANTÍA

Sin perjuicio de estructuras más complejas, en la garantía, como bien lo sabemos, intervienen tres partes. En los países industrializados, se suele enfocar la estructura de la garantía desde el ángulo del comprador o del contratista de obra o del suministrado, quienes exigen, al vendedor o fabricante o suministrante, una garantía respecto al cumplimiento del contrato base. En los países no industrializados, son más bien la persona compradora, la contratista de obra o la suministrada, quienes se ven obligadas a garantizar al vendedor. Por tanto, los papeles de garante y beneficiario no corresponden siempre a la misma parte.

La tercera parte es el banco o la aseguradora garantes. A menudo, también lo sabemos, esta estructura no es suficiente. El beneficiario desea una garantía no del banco o del seguro que el obligado principal escoja, sino de su banco o del banco del país que él, el beneficiario, escoja. Este último banco, entonces, será el que exija la "contra garantía" del banco del obligado principal. (Vid. Maccarone, op. cit., p. 5).

TIPOS DE GARANTÍA

El artículo 9 de las Normas de la CCI de 1978, a las que ya hicimos referencia al inicio de este estudio, establece un tipo de garantía al que Vasseur denomina en sus trabajos "garantía documentaria", por oposición a la "garantía a primera solicitud". (Vid. op. cit., p. 10).

Las garantías documentarias son aquellas en las que, al reclamar la garantía, la persona beneficiaria debe presentar prueba, por ejemplo, mediante dictamen técnico o de ingenieros, con el que se demuestre defecto del material o del objeto, o sentencia arbitral o judicial que ateste el fundamento del incumplimiento o aún el consentimiento del obligado principal o garantizado dado por escrito.

El otro tipo y el de mayor uso es el que nos ocupa principalmente en este estudio: la garantía a primera solicitud que, como hemos venido señalando, es aquella garantía en que el beneficiario tiene el derecho de obtener la ejecución del compromiso del garante con base en su simple solicitud, sin que el garante pueda discutir el fundamento de su reclamo, oponiendo objeciones o excepciones que el obligado principal podría oponer al beneficiario conforme al contrato base.

Se pueden citar otras modalidades (vid. Vasseur op. cit. pp. 10 a 12). "Intermedio entre la garantía a primera solicitud y la garantía documentaria… es la garantía planteada a la Corte de París, con ocasión del caso Opinter". (Sentencia 24-11-81 D. 1982. 296, nota de Vasseur).

Con esta garantía, los bancos se habían comprometido con el beneficiario a pagarle el monto garantizado "la primera solicitud justificada de que el obligado principal no había ejecutado sus obligaciones conforme a los contratos". El obligado principal y los bancos sostenían que así redactada, la garantía significaba que el pago estaba subordinado a la condición de que comprador aportara la demostración efectiva de que el vendedor no había cumplido sus obligaciones contractuales. De ninguna manera, juzgó la Corte.

La garantía reclamable a primera demanda justificada obliga solamente al beneficiario a manifestar –señalándolas expresamente– las obligaciones que el deudor no ejecutó, pero no a aportar prueba de la no ejecución. Es suficiente su declaración motivada que no tiene más objeto que dar a conocer a los bancos y al obligado principal los motivos para reclamar la garantía y de poner a disposición de los bancos los elementos que les ayuden en su relación con el obligado principal, primordialmente si deciden accionar contra él. (En el mismo sentido: Com. 20-2-86, D. 1986, IR. 153, obs. Vasseur y Com. 3-6-86, D. 1987, Somm. 174, obs. Vasseur).

El profesor Vasseur puntualiza que la "garantía a primera demanda justificada" no es una garantía documentaria, sino que más bien, se aproxima a la más usual garantía a primera demanda.

Se producen en el mercado también garantías a simple solicitud con declaración genérica de incumplimiento sin justificación. (Vasseur, op. cit., p. 11).

Como señala Vasseur: "[…] al lado de la garantía documentaria o de la garantía a primera solicitud justificada [… la garantía a primera solicitud, en su pureza y rigor, es la garantía de principio". Pero, como él mismo apunta, "Constituye, sin duda, ese cheque en blanco que después del golpe, pero demasiado tarde, revela a las empresas francesas que se obligaron aceptando otorgarlas en la euforia de ganar mercado para sus convenios de ventas" (op. cit. p. 12).

A propósito de esta oración un tanto sibilina, debo decir que es la única que he encontrado en mis estudios sobre esta materia que parece expresar un criterio un tanto negativo respecto a la nueva figura en estudio. Parece que el ilustre jurista desea hacer un llamado de atención al respecto.

Siempre dentro del tema de la tipología, debemos señalar que la garantía independiente, en sus diversos usos, puede clasificarse dentro de tres tipos diferentes: a) garantía de participación (garantie de soumission, Bietungsgarantie, Bid Bond, garanzia di mantenimento dell' oferta); b) garantía de cumplimiento (garantie de bonne execution, Leistunggarantie o Lieferungsgarantie, performance bond, garanzia di buona esecuzione; y c) garantía de devolución de anticipos (garantie de reemboursement, Anzahlungsgarantie, repayment guarantee, garanzia di rimborso).

El profesor Vasseur suele hablar de una cuarta categoría, la garantía de dispensa de retenciones. No me voy a extender en cuanto a la descripción detallada de cada tipo de garantía, pues son modalidades muy conocidas en todo el mundo.

En la garantía de cumplimiento, el banco se compromete a pagar a la persona beneficiaria, en las condiciones pactadas, la garantía, si la persona obligada principal no cumple adecuadamente sus obligaciones contractuales.

En la garantía de devolución, el banco garantiza la devolución de los adelantos pagados al obligado principal, si este no cumple con la prestación contra la cual se hizo el adelanto.

Sin embargo, la garantía independiente ha llevado a cabo un fuerte expansionismo hacia terrenos diversos (Vasseur, op. cit. pp. 4 y 55) tanto de relaciones privadas comerciales como no comerciales.

Es así, dice Vasseur, que el recurso a la garantía independiente ha sido sugerido a propósito de relaciones entre arrendante y arrendatario, con el propósito de sustituir el depósito de garantía que se suele pedir a este último y aún, para cubrir en general las obligaciones del inquilino.

Por otra parte los Notarios se han demostrado favorables al uso de la garantía independiente "en las relaciones jurídicas de sus clientes. (op. cit. p. 6).

En Francia, incluso la sentencia dictada por el Tribunal de Toulouse es interesante (26-oct. 1988. D. 1989, Somm 145, obs. Vasseur) con la que se patentiza el interés del sistema judicial de hacer uso del nuevo instrumento. En efecto, en un caso internacional, el juez resolvió subordinar el levantamiento de un embargo preventivo a que el embargo proporcionara una garantía independiente, otorgada por un banco de primer orden, por un monto igual al de las sumas embargadas. En este caso el juez sustituye la norma arcaica que permite el levantamiento del embargo contra depósito de una suma suficiente, por la moderna garantía independiente.

Como un autor ha señalado, la garantía independiente puede tener un uso solo limitado por la imaginación de los abogados.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA GARANTÍA INDEPENDIENTE

Es importante diferenciar la garantía independiente de algunas otras formas jurídicas con las que podría confundirse.

La garantía independiente podría confundirse con la apertura de crédito documentario irrevocable. En ambos casos, el banquero o asegurador debe pagar sin poder alegar ningún elemento exonerante proveniente del contratro subyacente.

> *Si bien unidos desde un punto de vista económico –dice Molle (Giacomo Molle, I contratti bancari, Giuffre Milano, 1978 p. 474), refiriéndose a la operación de crédito documentario y al contrato de compraventa al que suele estar relacionado -, crédito documentario y contrato de venta están desde un punto de vista jurídico netamente separados, permaneciendo el banco completamente ajeno a las vicisitudes de la relación subyacente, a la que por lo tanto las partes que intervienen en el crédito documentario no pueden referirse.*

Independientemente de la suerte que corran las relaciones entre la persona obligada principal y la beneficiaria, el banco garante debe pagar al trasmitirse los documentos representativos de las mercancías.

Ahora bien, en la garantía independiente, ya lo hemos visto, existe también esa autonomía entre la obligación del garante de pagar a la persona beneficiaria y las vicisitudes de la relación subyacente entre esta y la persona obligada principal no juegan ningún papel en ese negocio jurídico.

Pero en la garantía independiente no hay trasmisión de documentos. Sin embargo, es bueno recordar que puede haber un tipo de garantía autónoma, llamada documentaria, en la que la persona beneficiaria debe consignar

documentos, de peritos o peritas, por ejemplo. Pero no son títulos valores representativos de mercancías como en el crédito documentario.

También existen fuertes relaciones entre la garantía independiente y la caución. No obstante, y para no entrar en demasiados detalles, debemos señalar que la caución o la fianza es un contrato precisamente no independiente, accesorio al contrato principal y corre todas las vicisitudes de este.

Para consolidar la diferencia entre ambas instituciones jurídicas, creo que es oportuno indicar que, mientras en la caución o fianza, se compromete a la persona fiadora a cumplir la obligación de su fiado, si este incumple; es decir, se obliga a cumplir por otro, la obligación del garante independiente es autónoma, es una obligación suya, propia.

Es más, la obligación del garante, de pagar una suma a la persona beneficiaria no es la obligación incumplida por el obligado principal. La conducta de este debía tender a un cierto resultado y, en caso de incumplimiento, el garante se obligó a girar una suma de dinero. El objeto de la obligación es distinto en cada caso.

Alguna duda ha producido el caso en el que el banco o el asegurador garantes se obligan solidariamente con el obligado principal, frente a la persona beneficiaria.

En efecto, una sentencia del Tribunal de Grande Instance de París consideró el caso como caución o fianza, pero sin extraer mayores consecuencias (Sent. 26.1.82 D. 1983).

En realidad, debemos afirmar que la garantía independiente no se desnaturaliza si, al mismo tiempo, se contrae una responsabilidad solidaria con el deudor principal o con un proveedor, por ejemplo. No se desnaturaliza sino que, en cierta forma, se refuerza, por cuanto la obligación solidaria es autónoma en sí misma.

Es oportuno señalar que, no tratándose de instituciones jurídicas con nombres sacramentales, el hecho de que no se use la denominación "garantía independiente" o cualquier otra equivalente, sino, por ejemplo, "caución", "fianza" o cualquiera equivalente, no desvirtúa la naturaleza jurídica de la verdadera institución que se quiere pactar. La clave jurídica estaría en el uso de alguna expresión clara que indique que se está pactando una garantía independiente; así, por ejemplo, garantía o fianza o caución, etc., simple o autónoma, o automática, o pura o abstracta, o igualmente independiente, si aunque la garantía no reciba ningún adjetivo, es acompañada de cualquier grupo de palabras, cuyo significado es equivalente a la idea base del concepto en examen.

En cuanto al fundamento jurídico de la garantía independiente, debemos indicar que no existe legislación expresa o suficiente en los países occidentales. Solamente la República Democrática Alemana, Checoslovaquia y Yugoeslavia habían legislado expresamente en los países del este europeo, y esas instituciones jurídicas pasaron, tras la desaparición de la Unión Soviética, a las legislaciones nacionales nacidas de esos desmembramientos.

Maccarone señala:

> *Curiosamente aunque las garantías a primera solicitud fueron ideadas por las economías capitalistas, fuera de las reglas exhaustivas sobre cartas de crédito del Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos de Norteamérica, sólo las legislaciones de pocos estados de la Europa del Este, les dieron un reconocimiento legislativo y regulaciones específicas (op. cit. p. 4)*

Aunque tales regulaciones son muy interesantes, no creo que podamos analizarlas en ninguna parte de este trabajo,

El principio de la libertad contractual es el que, en ausencia de ley, permite a las partes crear, con su sola voluntad, el fenómeno jurídico en estudio.

Sin embargo, esta afirmación no es pacíficamente aceptada. El artículo 305 del BGB abre en Alemania, como se ha afirmado, la autorización:

> *a los sujetos interesados el considerar en sus convenios las exigencias concretas de garantía. La discusión sobre la abstractez o causalidad de tal contrato, surgida del hecho de que se obliga al garante a cumplir la prestación aún en el caso de nulidad del contrato base o de imposibilidad sobrevenida de la prestación principal, incide sólo sobre su disciplina, pero es irrelevante a los efectos de su validez, en cuanto el Código Alemán conoce el acto abstracto.*

En cambio, en Francia, en Italia y, en general, en nuestros países de derecho romanista, la autonomía privada no tiene tales alcances, y la garantía autónoma puede encontrar algunas dificultades de choque con el ordenamiento jurídico. No olvidemos que en nuestros sistemas, la abstractez suele estar expresamente señalada en el ordenamiento, para cada caso. Efectivamente, el artículo 305 BGB dispone: "Para la constitución de una relación obligatoria por negocio jurídico, así como para la modificación del contenido de una relación obligatoria, es necesario un contrato entre los interesados, en tanto la ley no prescriba otra cosa".

En cambio, otras legislaciones establecen una causa como requisito del contrato. Luego, la garantía autónoma que, por definición está desligada del contrato base, podría parecer un acto abstracto y, por lo tanto, es inválida por falta de causa.

Ahora bien, en general, las legislaciones han admitido, quizá a contrapelo de su propia normativa, la carta de crédito irrevocable que, como vimos, es similar a la garantía independiente en cuanto adquiere vida autónoma, independientemente –como hemos indicado– de las vicisitudes de la relación jurídica subyacente.

Pero, a propósito de este problema, Portale explica:

> *El ordenamiento italiano conoce situaciones en las cuales el traslado patrimonial no se presenta como consecuencia de un negocio que contenga en sí la causa sin que esto lleve necesariamente a considerar abstracto el negocio. En estos casos es posible encontrar sólo la referencia al "fin" perseguido por el estipulante (o por las partes) mientras que la justificación y el fundamento de la prestación se encuentran fuera del negocio mismo.*

Para su validez, basta simplemente la referencia del "fin" que las partes persiguen y del "fundamento" del negocio. Si el fundamento causal es (putativo) erróneo o, por cualquier razón, falta originariamente o viene a menos posteriormente, no acarrea la nulidad del contrato, sino que únicamente corresponde a la parte que cumplió la prestación, una condicio indebiti "[…] para que este contrato sea causal basta que en él se declare el fin de garantía y que las partes hagan referencia a una relación fundamental, que sirva para justificar la obligación del garante".

Ya hemos señalado que, en la fianza, la persona fiadora se compromete a cumplir la obligación pecuniaria de la persona obligada principal o deudora y que, en cambio, en la garantía independiente, la obligación del garante es autónoma, es una obligación "am sich", una de cuyas características es la vida jurídica independiente, frente a la relación subyacente. En el primer caso, no tiene sentido hablar, entonces, de autonomía: si desaparece la obligación del garantizado, el garante no tiene obligación que cumplir, lo que sin duda no se produce con la garantía independiente.

En general, debemos señalar que, a pesar de las dudas doctrinaria que se han planteado, la jurisprudencia francesa e Italiana han aceptado su validez desde tiempo atrás, (Cour d' Appel de París, 22.6.78, 8.12.77 y 14.11.78 D.J., p. 259 ss; App. Milano, 5 marzo 1980) no sin algunas persistentes excepciones en la jurisprudencia italiana. (Sobre este argumento, se puede consultar la amplísima nota 1 de Portale, op. cit, pp. 1 a 5). Esta nota contiene la calificación jurídica del contrato de garantía independiente, considerándolo un contrato de fianza.

Como en algún momento se ha manifestado, en los países de Europa occidental, este tipo de garantía llamada independiente es aún hoy en día un tipo contractual de origen social y jurisprudencial, fundado en la sola voluntad de las partes con base en la libertad contractual.) Portale, op. cit., p. 1). Así, como hemos indicado, tanto la CCI como la CNUDMI han trabajado con la preparación de Reglas Uniformes que puedan tener una aceptación universal.

CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS DE LA GARANTÍA INDEPENDIENTE

Los conceptos vistos hasta el momento nos permiten delimitar algunas características jurídicas de la garantía independiente.

1. El compromiso es independiente y no accesorio.

Lo es respecto al contrato base a pesar de estar originado en él. Es un compromiso "autónomo" respecto al contrato base. Por tanto, hemos deducido que el garante no puede excepcionarse con fundamento en las razones que sí se lo permitirían a la persona beneficiaria respecto al obligado principal.

Como es lógico entonces, la cláusula compromisoria pactada en el contrato base no puede ser invocada a propósito de ninguna discusión referente a la garantía, ni tampoco puede serlo, en general, ninguna cláusula referente a la competencia. (París, 29 de enero 81, D. 1981, 336, nota Vasseur; Com. 20 dic. 81, 2ª. Esp. D. 1983, 365, nota Vasseur; París, 2 jun. 82, D. 1983, 437, nota Vasseur; Trib. Com. París, 8 jul. 83 D. 1984, Inf. Rap. 92, obs. D. 1984, Inf. Rap. 202, obs. Vasseur).

Por otra parte, no existe prejudicialidad entre el litigio sobre el contrato base respecto al litigio sobre la garantía: son causas absolutamente "independientes" (Trib. Com. París, 8 jul. 83 D. 1984, Inf. Rap. 92, obs. Vasseur).

2.- Para algunos sistemas legislativos, la garantía independiente es un "compromiso de carácter bancario. Así, por ejemplo, Vasseur sostiene que "la garantía a primera solicitud es, en Francia, de carácter bancario". Aunque las compañías de seguros podían contratarlas, pero no las contrataban, salvo la Societé Fancaise d'Assurance de Cautionnement, SOFRASCAU, que, en todo caso, se limita a participar en "pooles" bancarios. Portale, en cambio, sostiene la posición contraria, como ya lo señalamos: "La denominación de "garantía bancaria", atribuida a la garantía "abstracta" es impropia porque la participación de un banco en el contrato no es tipificadora […]" (op. cit. p. 5, (2). Con el tiempo las garantías independientes se convirtieron en materia casi solo de las compañías de seguros.

3.- El garante garantiza al beneficiario para el caso de que la persona empresaria, vendedora o proveedora no mantenga la oferta, no firme el contrato o no otorgue la garantía de cumplimiento, o para el caso de que la persona deudora no cumpla su obligación. Pero el garante no se compromete al cumplimiento de la prestación del obligado principal, sino solo a la prestación convenida en la garantía, la cual es siempre el pago de una suma de dinero.

4.- El compromiso es intuitu personae. Como toda operación de crédito, la garantía se otorga a un empresario, individual o social, tomando en cuenta sus condiciones personales, su crédito, que nació del conocimiento que el banco o la

aseguradora obtienen del estudio de crédito que se haga de él, y la garantía se realiza a favor de una persona beneficiaria concreta, cuyas condiciones de solvencia son aceptadas por el banquero o los aseguradores para el otorgamiento de la garantía. Si cualquiera de ellos cede el contrato, se extingue, en consecuencia, la garantía, salvo que el banco o el asegurador ratifiquen la cesión. Por lo tanto, también, no se otorga la garantía sino para un negocio concreto y no puede ser trasladada a ningún otro negocio.

Finalmente, completando lo que hemos señalado, a propósito de la admisibilidad de este tipo de negocio jurídico en los ordenamientos que no autorizan genéricamente el negocio abstracto y frente a la cuestión de si la garantía a primera solicitud es un negocio abstracto o no, señalamos algunos otros aspectos.

El Tribunal de Grande Instance de Montluçon (9 enero 1981, D. 1981, 392, nota de Vasseur) decidió que la garantía tenía su causa "en el deseo y la voluntad del exportador obligado principal, de realizar su negocio […], lo que hubiese sido imposible si no otorgaba la caución (sic) a primera solicitud exigida por la otra parte contratante […]".

La Corte de París estableció que era el contrato base el que constituía la causa de la garantía (resolución del 29 de enero de 1981, D. 1984, 336, nota Vasseur).

En doctrina, como hemos visto, también el asunto ha sido tratado especialmente al querer determinar qué influencia podrían tener en la garantía a primera solicitud la nulidad, la resolución o la rescisión del contrato base.

Algunas personas se han inclinado por la respuesta afirmativa, lo cual crea un obstáculo serio para el empleo de esta útil institución de los negocios.

Debemos recordar que el negocio jurídico abstracto no es el que no tiene una causa sino aquel donde la causa no juega ningún papel. El aval, en la letra de cambio, es un caso típico: la obligación del avalista subsiste, aunque deje de existir la obligación principal.

La Convención de Ginebra mantiene ese fenómeno jurídico. La Ley modelo sobre Letra de Cambio y Pagaré Internacional también contiene el aval como negocio jurídico abstracto.

Por otra parte, en la donación no hay una contraprestación ni existe un negocio jurídico subyacente. La causa en la donación nace de la voluntad sola del donante: la transmisión del dominio nace de un animus donandi. La causa de la obligación del garante radica en la razón o razones del banquero o asegurador para obligarse en forma independiente y autónoma. Esas razones son el motivo impulsador y determinante dignos de protección jurídica en cuanto no son inmorales ni ilícitos.

El compromiso autónomo "no está privado de causa: está aislado de ella". (Rieg, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil et en droit allemand, 1961, n.º 277).

Como Vasseur señala: "no se puede decir que el banquero se obliga por obligarse. El banquero se obliga por las contraprestaciones del obligado principal: el pago de la comisión y la recuperación del monto que deba pagar si llega a tener que cumplir la garantía".

En síntesis, la garantía primera demanda que es un contrato que nace de una causa; pero es abstracto en cuanto esa causa no tiene, por contrato, ninguna influencia en el negocio de garantía. Es lo que el banquero o el asegurador han querido: el negocio implica una contraprestación, y el garante mide el riesgo del caso concreto y el riesgo total de su actividad, para decidir que la contraprestación es económicamente adecuada a ese riesgo.

CONSIDERACIONES COMPLEMENTARIAS

Existen varios problemas igualmente importantes que gravitan sobre este tema. Sin embargo, serían materia para otra publicación.

En efecto, es importante analizar la relación entre distintas leyes que autorizan al Estado a prestar garantía a favor de ciertos entes públicos o de derecho público no estatales y las garantías a primera solicitud exigidas por concesionarias o adjudicatarias.

Asimismo, es importante desarrollar una conceptualización en cuanto al plazo de vigencia de la garantía: ¿el garante está obligado hasta que el beneficiario esté en posesión del documento de garantía (Siria) o existe una facultad unilateral del beneficiario de prorrogar la garantía (Irán y Libia) o a la garantía se aplican las normas de la prescripción ordinaria (Turquía)? ¿Cómo se regulan las relaciones entre el beneficiario y el garante?

Por ejemplo y, a pesar de que hablamos de garantía a primera solicitud que implica la inoponibilidad de condiciones o excepciones relativas a la relación subyacente o a las relaciones del garante con su mandante, lo cierto es que se está por aclarar si procede nulidad por ilicitud de la causa o por acudir a la garantía en forma abusiva o de mala fe por parte del beneficiario. La doctrina suele dar una respuesta afirmativa a estos casos. Cuando el contrato base es internacional, si se viola el orden público internacional, se juega un papel importante.

Ahora bien, al garante se le debería conceder la facultad de rechazar el pago de la garantía cuando tenga pruebas "líquidas"; es decir, concluyentes irrefutables, de la mala fe o del abuso del beneficiario. Casos típicos son: el beneficiario suspendió las negociaciones para llegar a concluir el contrato subyacente cuando se otorgó la garantía o cuando el beneficiario afirma que la mercancía no llegó, pero el garante tiene los documentos de entrega de esta.

En cuanto a la exceptio fraudi, el problema a resolver es la base legal o consuetudinaria de la excepción: ¿el principio de buena fe, los usos honestos del comercio, el abuso de derecho, la excpetio doli generalis que conocemos en detalle en materia de títulos circulatorios, el principio raus omnia corrumpit? ¿Cuál es la base?

Sería necesario profundizar el caso de modificación del contrato base. Dentro de la doctrina de los privilegios del Estado, en caso de contratación pública, esta modifica ciertos aspectos del contrato dentro de ciertos límites. Si la garantía es un compartimiento estanco respecto al contrato base, la tendencia sería mantener su obligatoriedad. No obstante, si el garante es exigido por incumplimiento del garantizado de obligaciones que excedan el ámbito normal del cumplimiento garantizado, el garante no está obligado.

Existe también una amplísima problemática jurídica en cuanto a la relación entre el garante y su mandante. ¿El garante debe o no notificar a su mandante la solicitud del beneficiario de ejecución de la garantía? ¿Si el garante tenía prueba líquida de la mala fe del beneficiario, pero ejecutó la garantía, el mandante puede rechazar la acción de regreso al respecto?

¿En caso de declaratoria de insolvencia o quiebra del mandante, el garante puede ejercer las acciones que le corresponderían al mandante frente al beneficiario? ¿Qué posibilidad tiene el mandante de pedir al juez que prevenga al garante de no ejecutar la garantía?

La problemática de nuestro tema es muy extensa y no es posible desarrollarla en este estudio.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MARTORELL, Ernesto Eduardo. Tratado de los contratos de empresa. (1996). III, Buenos Aires: Depalma.

PORTALE, Giuseppe. B. 1988. Le garanzie bancarie internazionali. Banca Borsa e Titoli di Credito,

MACCARON, Salvatore "Demand Guarantees compromising on conflicting interests. (The legal relationship between the parties)". ICC Symposium, Paris

Notas al final

1 Den Garantieverträge

2 El autor se presentó a la Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN) por catorce años en la CDUDMI.

3 Sobre Garantievertrag, vd. Angelici Carlo. (1984). *Le Garanzie Bancarie, Trattato di Diritto Privato.* Diretto de Pietro Rescigno, Torino, UTET, pp. 1031 y ss. Sobre garantía autónoma vid. Fernando Zumzunfgui. (1997). *Derecho del mercado financiero*. Ed. Pens, Madrid, p. 487 y ss. Francisco Vincent Chuliá. (1990). *Compendio crítico de derecho mercantil TII*, Bosch, Barcelona, p. 282.

4 Esta modalidad ha sido introducida principalmente por la jurisprudencia alemana con diversos fallos: (Oberlandesgericht, Hamburg, 10-oct-85; Bundesgerichtshof, 31-en-85; BGH, 11-dic-86; BGH, 26-feb-87; mayor información sobre este tópico, Portale, op. cit. (5) págs. 6 y 7).

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 125, págs 157-166 ISSN 2215-2385 / diciembre 2018

LA DESPROPORCIÓN EN EL MONTO DE LAS PENSIONES ALIMENTARIAS

*M.Sc. Ricardo Núñez Montes de Oca**
ricmdo@yahoo.com

Recibido 29 mayo 2018 **Aprobado 16de agosto 2018**

RESUMEN

Este pequeño artículo va dirigido especialmente a los y las usuarias de los Juzgado de Pensiones Alimentarias, es este trataremos de explicar los diferentes caminos que se recorren, correctos e incorrectos, para llegar a una pensión alimentaria cuantiosa, sea está apegada a la realidad de las partes o más bien desproporcionada con esa misma realidad, analizaremos los errores que se comenten a menudo en la tramitación de las pensiones alimentarias y las soluciones que se encuentran en la ley para ajustar, en caso que proceda, la realidad con lo resuelto en el expediente y veremos como esta se otorga en forma antojadiza por parte de los jueces y juezas.

Palabras clave

Pensión Alimentaria; desproporcionalidad; apremio corporal; ficción jurídica, pensión provisional

ABSTRACT

This small article is aimed especially at the users of the Juzgado de Pensiones Alimentarias , this article try to explain the different paths that are crossed between correct and incorrect, to reach a substantial alimony, whether it is attached to the reality of the parts or rather disproportionate to that same reality, we will analyze the errors that are often made in the processing of maintenance payments and the solutions found in the law to be able the adjust, if necessary, the reality with the resolved in the file and we will see how this is awarded in a choice by the judges.

Keywords

Alimentary pension; disproportionality; body apprehension; legal fiction, provisional pension.

---

* Ricardo Núñez Montes de Oca, es licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica, Especialista en Derecho de Familia por la Escuela Judicial y Master en Administración de Justicia con énfasis en Relaciones Familiar, por la Universidad Nacional. Desde el año 2008 se desempeña con Juez de la Republica, en cargos como Juez de Pensiones Alimentarias, Juez de Violencia Domestica y Juez de Familia, entre otras materias. Además fue ponente en el I Congreso Centroamericano y del Caribe de Derecho de Familia

La sociedad costarricense se ha visto impactada en los últimos años por noticias y reportajes de investigación, donde a las personas obligadas alimentarias se les carga con cuotas millonarias, impagables y que, desgraciadamente, terminan en prisión adeudando sumas enormes. En estos casos, se exponen los resultados de un proceso de pensión alimentaria, mas sin identificar o estudiar las causas que llevaron a una jueza o a un juez a fijar un monto millonario como cuota alimentaria. En dichas noticias, solo se devela un lado de la moneda que es el problema que tiene la persona obligada alimentaria en cancelar una cuota para esta impagable con la consecuencia del peligro del apremio corporal que es el resultado más común en estos casos.

Normalmente se culpa a la contraparte, a la ley o a la persona juzgadora de estas injusticias, aseveraciones que encuentran respaldo en algunos doctrinarios, litigantes y en una parte de la sociedad en general, los cuales emiten juicios de valor, en ocasiones, sin detenerse a pensar o analizar cómo se llegó a esta situación.

En estas líneas, trataremos de explicar los diferentes caminos que se deben recorrer, correctos e incorrectos, para llegar a una pensión alimentaria millonaria. Analizaremos los errores que se comenten a menudo en la tramitación de las pensiones alimentarias y las soluciones que se encuentran en la ley para ajustar, en caso que proceda, la realidad con lo resuelto en el expediente.

Primeramente, expliquemos el proceso de pensión alimentaria actual, el cual se encuentra regulado principalmente en tres codificaciones: el Código de Familia[1], la Ley de Pensiones Alimentarias[2] y el Código de la Niñez y la Adolescencia[3].

En el fondo, la pensión alimentaria es el cumplimiento de una cuota que permita a la persona beneficiaria cubrir su sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación, diversión, transporte y otros de conformidad con el artículo 164 del CF; gastos extraordinarios por concepto de educación; gastos médicos extraordinarios, sepelio, cobro del subsidio prenatal y de lactancia; y gastos por terapias o atención especializada en caso de abuso sexual o violencia doméstica de conformidad con el artículo 37 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

Se deben cubrir todos estos gastos con la cuota alimentaria impuesta; misma que se calcula teniendo en cuenta las posibilidades económicas y el capital que le pertenezca o posea a quien debe darlos, según el mismo artículo 164 del CF.

En este punto, tenemos que indicar que, al contrario de lo que se comenta entre las personas usuarias, no todas las personas beneficiarias tienen las mismas necesidades y no existe algo parecido a una cuota mínima o máxima.

La otra parte interesante de este artículo del código indica que se tomará en cuenta el capital que la persona demandada tenga o posea para fijar la cuota alimentaria, y si relacionamos esto con el segundo párrafo del artículo 8 del CF, el cual indica que "los jueces en materia de familia interpretarán las probanzas sin sujeción a las reglas positivas de la prueba común, atendiendo todas las circunstancias y los elemento de convicción que los autos le suministren", tenemos que solo es necesario que el juez o la jueza tenga la convicción de la posesión de los bienes para considerarlos como parte del patrimonio del alimentante, esto a pesar de que registralmente estén a nombre de otra persona, o tener por cierto que una persona es la dueña de un negocio a pesar de que se encuentre reportada como empleada, todo es cuestión de la prueba aportada al expediente.

Básicamente el proceso de pensión alimentaria inicia con un escrito de parte de la persona solicitante. Si se realiza a favor de una persona menor de edad, normalmente quien lo solicita es el progenitor con el que convive la persona beneficiaria.

Los requisitos de este escrito están contenidos en el artículo 17 de la Ley de Pensiones y son

básicamente los siguientes: nombre y calidades de las partes y beneficiarios, mención del monto que se pretende, mención de las posibilidades de la persona obligada y las necesidades de los beneficiarios, las pruebas que ofrece en su apoyo y el lugar para recibir notificaciones.

Como se aprecia, son requisitos simples y pueden estar apegados a la realidad o no, se supone que se parte de la buena fe de las personas involucradas. Pero esto no es óbice para que se presenten abusos en cuanto a los gastos reportados o en cuanto a las posibilidades de la persona alimentante que se declaran. Cumplidos estos requisitos, se otorgará traslado a la parte obligada para que se refiera a la demanda, y en el mismo auto de traslado, indica la Ley de Pensiones el juez fijará una pensión alimentaria provisional que deberá ser depositada en tres días.

Por su parte, en su artículo 168, con respecto a este mismo acto, el Código de Familia indica que mientras se tramita la demanda alimentaria, comprobado el parentesco, el juez podrá fijar una cuota provisional a cualquiera de las personas indicadas en el artículo siguiente, guardando el orden preferente ahí establecido. Esta cuota se fijará prudencialmente en una suma capaz de llenar, de momento, las necesidades básicas de los alimentarios y subsistirá mientras no fuere variada en sentencia.

Entones, ¿es obligatorio fijar una pensión alimentaria provisional o no? Esta discordancia es fácilmente solucionable, asumiendo la especialidad de la Ley de Pensiones Alimentarias, se puede fijar un monto o no y a fin de no contrariar a lo indicado en el CF, el juez o la jueza se pronuncia acerca de la pensión provisional, su procedencia o no, siendo procedente que, después de una justificación lógica, no se fije un monto o se determine que le corresponde cero.

En la práctica, normalmente se fija una cuota provisional que rige desde el principio del proceso. Otorgado el traslado a la parte demandada, este cuenta con ocho días para contestar la demanda y, dentro de estos ocho días, tiene tres días para solicitar la revocatoria, apelación o ambas en contra de la fijación de la cuota provisional, sin que este recurso suspenda el plazo para realizar el depósito prevenido. Si se contesta la demanda o no, se evacuará la prueba que proceda y se dictará la sentencia que corresponda, fijando el monto de pensión definitiva.

Como se denota, el proceso especial de fijación del monto de una pensión alimentaria es sencillo y breve, mas por la saturación de los juzgados encargados de su tramitación, en ocasiones se torna extenso y, por los excesivos trámites y solicitudes de las partes, se vuelve complicado.

En este punto, es necesario establecer las diferencias conceptuales entre la fijación de la cuota provisional de alimentos y la fijación de la cuota definitiva de alimentos, en primer término "la fijación alimentaria provisional ha de entenderse como una medida cautelar, pero su análisis debe hacerse a la luz de los derechos fundamentales que se pretenden garantizar con su imposición". Más adelante el mismo autor indica que "como medida cautelar que es, la pensión alimentaria provisional debe cumplir los requisitos en los cuales se fundamentan dichas medidas, a saber: la apariencia de buen derecho (fumus bonis iuris) y el peligro de demora (periculum in mora).

Sin embargo, no se puede obviar que tal medida cautelar debe ser suficiente para satisfacer todas las necesidades de la persona beneficiaria, según el nivel de vida acostumbrado"[4].

En cuanto a los alimentos provisionales, la apariencia de buen derecho se plasma en el hecho de que las partes se ajusten a los supuestos de las personas que se deben alimentos, del artículo 169 de CF. Por su parte, el peligro en la demora, se justifica por la necesidad implícita, diaria y apremiante de los alimentos en sentido amplio, tal como la ley lo indica.

Esta primera decisión es, como su nombre lo indica, provisional, se toma prima facie, teniendo

únicamente la versión de la parte actora. Mas con los avances en la tecnología de las redes de información, el juez o la jueza revisa si la parte obligada reporta salario a la Caja Costarricense del Seguro Social, o si los bienes que indica la contraparte que le pertenecen se encuentran así determinados en el Registro Nacional.

Este monto regirá mientras se tramita el proceso, este puede recurrirse tanto horizontal como verticalmente, con el recurso de revocatoria y el de apelación respectivamente; es decir, existen dos oportunidades para oponerse en caso de desacuerdo al monto provisional.

Con relación al monto de pensión definitiva, pero revisable, este se impone luego de haber recabado la prueba ofrecida y que conste en el expediente, es la culminación del proceso, este monto se encuentra contenido en la sentencia final, y, en tesis de principio, la sentencia debe resolver todos los puntos requeridos. La fijación de este monto es el que regirá, hasta que este sea aumentado o disminuido en un proceso posterior, si es que se presenta, también este monto sufre de aumentos automáticos.

Para ir respondiendo a la pregunta principal de estas líneas, ¿cómo llega a fijarse una pensión alimentaria millonaria? El primer supuesto es el más común de todos y el más lógico, y es que la pensión alimentaria millonaria sea procedente, que lo discutido, representado y probado en los autos corresponda a la realidad, esta perfectamente puede determinar que la persona alimentante tiene a su disposición recursos tan grandes para cubrir pensiones alimentarias millonarias.

Recordemos, por ejemplo, en el caso de que las personas beneficiarias sean los hijos o las hijas de las partes, al interponerse la pensión alimentaria, se busca que las personas beneficiarias conserven el mismo nivel de vida al que estaban acostumbradas con anterioridad. Aunque no es la regla, en su mayoría, se solicita la cuota alimentaria judicial después del rompimiento de una relación, aunque en ocasiones, media sin que exista un rompimiento entre progenitores.

Este rompimiento entre los progenitores no debe ni tiene que afectar la vida de los y las menores, por lo menos en el plano económico. Si los y las menores, viviendo con ambos progenitores, disfrutaban de educación privada, buena alimentación, recreación de privilegio, clases extra curriculares y atención médica privada, por poner algunos ejemplos, luego de que comiencen a vivir con solo uno de ellos, en tesis de principio, deberían continuar con el mismo estilo de vida. Es decir, en este supuesto, los beneficiarios tienen necesidades millonarias, antes otorgadas por sus progenitores, y lo justo y legal es seguir cubriendo esas necesidades, además sus progenitores pueden cubrir antes y después esas sumas.

Otra forma de llegar a una pensión millonaria, en forma, ahora sí anómala, es decir, que lo resuelto en el expediente no corresponde fielmente a la realidad de las partes, es en los supuestos, muy a menudo por desgracia, de que la persona obligada no contesta la demanda: no muestra oposición alguna, deja transcurrir el plazo para la contestación. No estamos hablando aquí de un allanamiento legal, sino simplemente de no indicar nada.

El artículo 39 de la LP señala que, bajo este supuesto, se dictará la sentencia, una vez evacuada la prueba que se haya ordenado, claro está que se cuenta únicamente con la prueba de la parte actora y con la que de oficio se puede recabar, como por ejemplo: las cuotas reportadas a la Caja Costarricense del Seguro Social.

Bajo estas circunstancias, la persona juzgadora debe tener como ciertos los hechos expuestos por la parte actora, esto mientras no sean incompatibles con la lógica, el sentido común y la razón. Esto se le llama en doctrina, “ficción legal”, es decir al no haber oposición de la parte obligada a referirse a los hechos, se les debe dar a estos una credibilidad general, mientas que no contradigan las reglas indicadas y, con base en

esta nueva realidad creada, se deberá calcular el monto de la cuota alimentaria.

Por ejemplo, en un típico caso de una pareja que se separa, tiene dos menores y estos quedan al cuido de la madre, no porque debería ser así, por cuanto el padre puede perfectamente asumir este rol, pero socialmente aun esta posibilidad no es la más utilizada.

La parte actora indica que solicita pensión alimentaria a favor de los dos menores, ya que estudian en una escuela privada, es necesario pagar todos los servicios básicos, además de alquiler de vivienda, agrega que es normal que vacacionen en playas y montañas, así como en el exterior, que los menores son enfermizos por cuanto asisten regularmente al médico privado, y así justifica las necesidades de los menores. Además, en cuanto a las posibilidades del obligado alimentario, señala que este es empresario y que recibe cuantiosas ganancias y solicita un monto millonario de pensión alimentaria tanto como provisional como definitiva.

En esta etapa, la parte actora podría presentar las pruebas que respalden su dicho, pero si no las presenta, aun así debe darse curso a la demanda y fijar una cuota provisional. Esto es así por el objeto del proceso, estamos hablando de alimentos, una necesidad diaria que, en la mayoría de las ocasiones, involucran a una persona menor de edad.

No es posible prorrogar esta decisión en el tiempo, es necesario tomar una decisión de inmediato, claro está, que ante la injusticia o la no concordancia de la cuota alimentaria provisional y la realidad económica del obligado alimentario, existen vías para ajustar esa cuota provisional, desde el inicio del proceso, las cuáles son, en primer término, interponer dentro del tercer día, luego de la notificación, el recurso de revocatoria que se presenta ante la misma persona juzgadora que dictó el auto impugnado y que es resuelto por ella misma. En este recurso, es necesario indicar los motivos de inconformidad, de hecho y de derecho, aportando la prueba que estime procedente.

Un recurso de revocatoria bien fundamentado y con la prueba que respalde su contenido le otorga al juez o a la jueza un panorama muy bueno para tomar una mejor decisión. Cabe indicar que la interposición de cualquier de los dos recursos no suspende la obligación de depositar el monto establecido en la resolución que se combate dentro del tercer día, siempre hay que depositar lo indicado en esa primera resolución, esto debido a la urgencia de los alimentos.

Ahora bien, normalmente se plantea el recurso de revocatoria junto con el recurso de apelación, esto en forma subsidiaria, es decir, si se rechaza el primer recurso, el de revocatoria, con el recurso de apelación, existe una segunda oportunidad de que otro juez u otra jueza, superior en grado del primero, juez o jueza de familia, revise la cuota alimentaria y estime si está ajustada a lo que consta en el expediente, siempre revisando las posibilidades del alimentante y las necesidades de la persona beneficiaria.

¿Por qué los demandados no contestan la demanda? En esta sección, nos abocamos a teorizar las causas, por cuanto no nos consta el proceso mental de las personas obligadas al recibir una notificación de pensión alimentaria. En primer término, podemos inferir que, luego de leer detenidamente la demanda de alimentos, analizar las pretensiones de su contraparte y la cuota solicitada como provisional y como definitiva, la persona obligada piensa que es justa y acorde a las necesidades de la persona alimentante y a las posibilidades propias y decide no oponerse a esta.

Otra posibilidad que creemos que deriva en pensiones millonarias no acordes con la realidad económica de las partes, sucede cuando la pretensión de la parte actora excede en demasía a las posibilidades reales de la persona obligada alimentaria; pero a la hora de la notificación, no leen la demanda ni el auto de traslado y dejan

pasar el tiempo para la oposición. Como se podrá apreciar este es el camino donde la parte demandada no se opone a la demanda, esto puede deberse a muchas situaciones concernientes a la sociología o a la psicología, donde en algunos estratos de la sociedad, no les dan un valor alto a las leyes o a la solicitud de la contraparte.

Si no se contesta la demanda, como se indicó líneas atrás, se le da a la solicitud de la parte actora una presunción de veracidad y, debido a que solo se cuenta con una versión de los hechos y de las pruebas de una de las partes, es probable y ajustado a derecho, tal vez no a la realidad, imponer la cuota alimentaria que la parte actora solicita, y esta podría ser millonaria o desproporcionada con relación a la realidad.

Otro escenario que podemos idear es el hecho de que al no conocer los bemoles del procedimiento, algunas personas llegan a la conclusión de que la cuota provisional es la definitiva y razonan que es la correcta y que se encuentran en posibilidad de cubrir tal cuota y no contestan la demanda.

Sin embargo, en este escenario, puede suceder que la pretensión es desproporcionada en sus pretensiones, y que el juez o la jueza así lo determina a priori e interpone una cuota provisional acorde a lo que consta en los autos o lo que se pudo averiguar de oficio y fija un monto de pensión, digamos que moderado. Pero al no existir aposición a la totalidad de la demanda, es probable que la cuota aumente en sentencia definitiva, por lo explicado anteriormente sobre las consecuencias que surgen si no se contesta la demanda de fijación de la cuota alimentaria.

Analicemos un ejemplo ficticio, bajo los parámetros antes descritos de una pareja que se separa, ambos son los padres de dos menores y estos quedan al cuidado de la madre, la cual interpone el proceso de fijación de la cuota alimentaria, describe los gastos de los y las menores como en un nivel de vida alto, aporta facturas de ropa, alimentación, alquiler de casa, pago de cuota de mantenimiento, recibos de servicios públicos, clubes de viajes, salidas a centros de diversión para menores, consultas médicas, así como terapias y tratamientos médicos de los y las menores, constatando los gastos de los beneficiarios.

En relación con las posibilidades del demandado, indica que este es comerciante, que se dedica a la venta de vehículos en forma personal, aporta como prueba una imagen donde consta una venta de automóviles donde se observa el apellido del demandado en el logo del rotulo publicitario del local. También aporta impresiones de redes sociales donde se ve al demandado en la venta de autos. La actora además ofrece el testimonio de una vecina y un hermano. Solicita una suma tres millones de colones como monto de pensión alimentaria tanto provisional como definitiva para sus hijos. Se determina que el demandado no reporta salario a la Caja Costarricense del Seguro Social, que no tiene registrado más que su vehículo de uso personal a su nombre y su casa de habitación.

Pensemos que el vehículo es un modelo relativamente reciente y que la casa de habitación se encuentra en una propiedad de trescientos metros cuadrados, bajo este supuesto, la cuota provisional será comedida a las circunstancias, no se podría acceder a las pretensiones de la parte actora, por lo menos a la hora de fijar la cuota provisional, pero si no media oposición, ¿qué se debe entender? ¿Que el demandado está conforme con toda la demanda en todas sus pretensiones? ¿Que el demandado está de acuerdo con la cuota provisional, pero no con la pretensión que hace la actora? ¿Qué el demandado no leyó y analizo la demanda? ¿Qué el demandado piensa que como la pretensión es irrazonable jamás se va a concretar?

De todas estas opciones, como se indicó anteriormente, es necesario llegar a la conclusión de que el demandado está de acuerdo con lo solicitado por la actora, por cuanto no está ejerciendo su derecho a la oposición y también en la aplicación de los principios que informan

el derecho de familia, los cuales se encuentran plasmados en el artículo 2 del código de rito que indica: "La Unidad de la familia, ***el interés de los hijos, el de los menores y la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges,*** han de ser los principios fundamentales para la aplicación e interpretación de este Código". Y en un escenario de abundancia económica, esta abundancia debe reflejarse en el nivel de vida de las personas beneficiarias que son en el caso de ejemplo hijos y menores.

Ahora bien, ya intraprocesalmente, tenemos que otra ruta para llegar a una pensión millonaria es que, en la etapa probatoria, no se aporta prueba válida o pertinente por parte de la persona demandada o que la parte demandada no se presente a la recepción de las pruebas, dejando al juez o a la jueza en la posición de tener que resolver con lo que consta en el expediente.

Observamos aquí dos supuestos a considerar cuando la parte demandada no asiste a la recepción de pruebas, o las pruebas que ofrece son inconducentes para probar su dicho. La primera de ella es que, en ocasiones, la persona demandada no se asesora con un o una profesional en derecho para que la acompañe a través de todo el proceso, y la segunda de ellas es que se asesora o busca al o a la profesional en derecho únicamente para que les confeccione la contestación de la demanda. En este segundo proceso, no existe una norma, como sí ocurre en el derecho penal, que requiera al abogado en el proceso, por cuanto ni siquiera es obligatorio litigar por medio de un abogado o una abogada. Debido a que la parte actora casi siempre cuenta con patrocinio letrado especializado, particular o de la defensa pública, y estos últimos se mantienen en el proceso hasta el dictado de la sentencia.

En la teoría, todas las partes deberían contar con patrocinio letrado de conformidad con el artículo 7 del Código de Familia que indica: Para hacer valer los derechos consignados en este Código, quienes carecieren de asistencia legal y de recursos económicos para pagarla, tienen derecho a que el Estado se la suministre conforme a la ley. Pero en la realidad, la defensa pública solo le es otorgada a la parte más vulnerable, que es la que solicita la cuota alimentaria. Estamos en presencia de uno de los presupuestos básicos del derecho, el deber ser y el ser. En acatamiento de la ley y la justicia, el "deber ser" debería otorgar asesoría y representación jurídica gratuita para ambas partes; "el ser" señala que, al estar los recursos limitados, se estipula que solo la parte más vulnerable debe recibir esta representación y asesoramiento.

Este punto fue debidamente zanjado desde la sentencia emitida por la Sala Constitucional de vieja data 9845-2001, de las dieciséis horas con catorce minutos del veintiséis de septiembre de dos mil uno y, en lo que interesa, indicó :

> *En cuanto a que el recurrente alega que la Defensoría Pública le negó el derecho a un defensor público, lo anterior no es un acto arbitrario por cuanto el artículo 13 de la Ley de Pensiones Alimentarias, No. 7654 del diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y seis señala que con relación a la asistencia legal del Estado con el fin de hacer valer los derechos aquí consignados, quienes carecieren de asistencia legal y de recursos económicos para pagarla, tendrán derecho a que el Estado se la suministre gratuitamente. Para este efecto, el Poder Judicial creará una sección especializada dentro del Departamento de Defensores Públicos. En la sesión 23-01 del cuatro de julio de dos mil la Corte Plena, interpretó este artículo en el sentido que, aquellas personas que tienen derecho a que el Estado les suministre gratuitamente la asistencia letrada que brinda la Defensa Pública en pensiones alimentarias, son los acreedores alimentarios o los beneficiarios, que carezcan de asistencia legal y los recursos económicos para pagarlas. En consecuencia, el recurrente al ser deudor de la pensión alimentaria, no tiene derecho a la asistencia gratuita por cuanto si adeuda,*

lo correcto es satisfacer dicha obligación.

Al contrario de lo que se escucha en la calle o en los pasillos judiciales, que la defensa pública es solo para las mujeres, en el caso de personas beneficiarias menores de edad, lo cierto es que la defensa publica está de parte de la persona menor y, por cuestiones más sociales y antropológicas, en una separación de una pareja, casi siempre los y las menores se quedan con su madre. Aunque existen sus excepciones, y aplaudimos estas excepciones, por cuanto tanto el padre como la madre pueden ser perfectamente capaces de cuidar a su prole; pero, en una gran mayoría de los casos, es la madre la que debe hacer frente y salir adelante con sus hijos e hijas.

Ahora bien, un último aspecto que incide en la existencia de las pensiones alimentarias que superan las posibilidades de las personas demandadas es el hecho que, como práctica judicial y en aplicaciones a la Ley de Resolución Alterna de Conflictos, Ley RAC, antes de comenzar el proceso, se convoca a las partes a una conciliación temprana donde no es necesario hacerse acompañar por un o una profesional en Derecho y, si las partes llegan a un acuerdo, a este se le otorga la fuerza de una sentencia, y debe cumplirse sea proporcional o no a las posibilidades de la persona demandada.

Cuando se da una pensión alimentaria millonaria ya con sentencia y que está fuera de los parámetros de la realidad económica de la persona demandada, es necesario acudir al artículo 58 de la Ley de Pensiones Alimentarias, el cual se refiere a la actualización y reajuste de la cuota alimentaria cuando ya ha recaído sentencia. Además del aumento automático, nos habla de la posibilidad de rebajar o aumentar la cuota ya decretada en sentencia. El artículo indica cómo procede el aumento automático y señala que: [...] todo sin perjuicio de que pueda modificarse por el cambio de circunstancias de quien la da y de quien la recibe o por el acuerdo de partes que sea más beneficioso para el alimentario.

Este pequeño párrafo, a pesar de que se compone de unas líneas, tiene una importancia enorme, ya que es la única manera legal de variar una cuota alimentaria. Tal y como el artículo señala, lo importante en estos casos, es comprobar el advenimiento de un cambio de circunstancias en los supuestos de las necesidades de la persona beneficiaria, es decir, que hayan aumentado o disminuido o, en la capacidad económica de la persona obligada, igualmente que haya aumentado o disminuido. Estos supuestos pueden presentarse individual o conjuntamente.

En un estado normal del expediente y de la cuota alimentaria, es decir, que se haya fijado la cuota en concordancia con la realidad de las circunstancias, esta solicitud se tiene que limitar a hacer el cuadro comparativo entre las circunstancias que mediaron, tanto en las necesidades de la persona beneficiaria como en las posibilidades del o de la alimentante, y alegar una disminución o un aumento dependiendo de los cambios alegados y probados.

En el caso de una pensión millonaria a la que se haya arribado bajo los supuestos antes descritos y que ese monto no sea ajustado a la realidad de la persona obligada, que es el tema central de este artículo, se deberán establecer las circunstancias donde la persona juzgadora se basó para interponer la cuota alimentaria, sea esta por ficciones jurídicas, por una presunción de veracidad de la demanda o por ausencia.

Lo importante en este caso no es comparar las circunstancias reales que la persona demandada tenía en el momento de fijar la cuota alimentaria, la cual sobrepasa sus posibilidades, probablemente muy parecidas a las circunstancias actuales, o determinar las necesidades reales de la persona beneficiaria en el momento de fijar la cuota. Lo importante es determinar las circunstancias, tanto del alimentante como del alimentario que se tuvieron por ciertas en sentencia, sean estas apegadas a la realidad o no, y compararlas con las circunstancias actuales y reales de las partes para así lograr el balance legal, adecuado y justo que la cuota alimentaria debe tener.

Desgraciadamente, en ocasiones, este procedimiento no es bien utilizado o de plano no

es utilizado, y las partes equivocadamente lo que plantean es analizar nuevamente la capacidad económica de la persona demandada y las necesidades de la beneficiaria; es decir, como si se tratara de un proceso nuevo. Esta solicitud es improcedente por cuanto no se puede estar discutiendo una y otra vez el mismo tema, ya se decretó una cuota, y esta solo puede variar por el cambio de las circunstancias en relación con las circunstancias presentadas en el momento de fijar la cuota alimentaria, por seguridad jurídica se debe tener una certeza de la cuota alimentaria. Esta, aunque es flexible, puede variar únicamente bajo los presupuestos y el procedimiento establecido en la ley, por cuando la sentencia de pensiones alimentarias no produce cosa juzgada material.

Conclusiones

El fenómeno mediático de las pensiones millonarias no es achacable a los jueces o las juezas, y es un servidor público imparcial que no mantiene interés personal alguno en el proceso, su deber es ser objetivo e interpretar las normas y las pruebas cuando así sea posible.

Esta interpretación lo será a favor de las personas más desprotegidas tal y como el Código de Familia dispone. Los principios fundamentales para la aplicación e interpretación son: el interés de los hijos e hijas, el de las personas menores y la igualdad de derechos y deberes de los y las cónyuges.

Existe la posibilidad de que haya pensiones millonarias injustas, es decir, que no están ajustadas a la realidad de las partes, tanto económica como social. Pero esta antinomia que se crea a partir de ficciones legales es consecuencia normalmente de las propias partes que, como se indicó entre varios supuestos, nunca se apersonan al proceso de pensión alimentaria, no tienen un manejo adecuado del proceso, no se asesoran con un o una profesional en Derecho o abandonan el proceso antes de la recepción de la prueba.

El derecho de familia y, específicamente, en la materia de pensiones alimentarias, tiene remedios para corregir estas resoluciones, apegadas a derecho, pero tal vez injusta: no congruentes con la realidad económica o las necesidades de la persona beneficiaria. Se puede rectificar todo en este proceso por cuanto el fin último es establecer una cuota alimentaria lo más apegada a las posibilidades económicas reales de la persona que da la cuota alimentaria y que satisfaga, en lo posible, las necesidades de la persona beneficiaria.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ramos Chavarría Patrick. (2015). Reintegro o restitución de cuotas alimentarias provisionales. Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Costa Rica, n.º 12, enero.

Código de Familia, Ley 5476, 2002.

Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N.° 7739, 1998.

Ley de Pensiones Alimentarias, Ley N.º 7654, 1996.

Sala Constitucional. Sentencia 9845-2001 de las dieciséis horas con catorce minutos del veintiséis de septiembre de dos mil uno.

Notas al final

1 Código de Familia, Ley N.º 5476, 2002

2 Ley de Pensiones Alimentarias, Ley N.º 7654, 1996.

3 Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N.° 7739 , 1998.

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 125, págs 167-178 ISSN 2215-2385 / diciembre 2018

LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DE CONTROL PARLAMENTARIO

M.Sc. Alex Rojas Ortega*
alex.rojas.09@hotmail.com

Recibido 16 mayo 2018 **Aprobado 16 de agosto 2018**

RESUMEN

El control parlamentario es una función a cargo de la Asamblea Legislativa, mediante la cual, dicho órgano verifica la rectitud política y la conformidad jurídica de las conductas del Gobierno. Tal función tiene sustento constitucional y, en una democracia moderna, debe potenciarse para generar un mayor control ciudadano y provocar más legitimidad, transparencia y rendición de cuentas.

Palabras clave: *Control, parlamento, democracia, parlamentarismo, presidencialismo.*

ABSTRACT

Parliamentary control is a function of the responsibility of the Asamblea Legislativa, by which, said organ verifies political rectitude and legal compliance of government behaviors. Such function has constitutional support and, in a modern democracy, must be strengthened, to generate greater citizen control and provoke more legitimacy, transparency and accountability.

Keywords: *Control, parliament, democracy, parliamentarism, presidentialism.*

Sumario: *I.- El control parlamentario. A.- Concepto y sustento constitucional. B.- La forma de gobierno parlamentaria: El punto de partida de la función de control parlamentario. 1.- La moción de censura. 2.- La cuestión de confianza. 3.- El derecho de disolución. C.- El control parlamentario en las formas de gobierno presidencialista y parlamentaria. D.- El origen histórico del control parlamentario. II.- El inicio de la responsabilidad política del Gobierno: El impeachment. A.- Sentido originario. B.- Evolución. C.- Trascendencia hacia América. III.- Los instrumentos de control parlamentario. A.- Las preguntas parlamentarias: El "Question time" y otras modalidades de pregunta. B.- La interpelación. C.- Mociones o proposiciones no de ley. D.- Comparecencias. E.- Solicitudes de información. F.- Las comisiones de investigación. IV.- Conclusiones.*

---

* Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Obtuvo el Premio de Investigación Fernando Soto Harrison en el 2010, otorgado a la tesis más sobresaliente de la Facultad de Derecho, UCR. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia. Cuenta con diplomas en técnica legislativa y en control parlamentario, así como varios cursos de especialización sobre el control y funcionamiento de los parlamentos, por la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, el Congreso de los Diputados de España y la Red Internacional de Expertos en Parlamentos. Juez del Tribunal Contencioso Administrativo. Profesor universitario.

I. *El control parlamentario*

Para comprender adecuadamente qué es el control parlamentario, es necesario incursionar en su concepto, su origen y sus alcances, sin dejar de lado una pequeña referencia al parlamentarismo y al presidencialismo, como dos de las principales formas de gobierno que, para efectos de esta investigación, serán las que nos faciliten mayores elementos para comprender lo que es la función de control parlamentario.

A. *Concepto y sustento constitucional*

El control parlamentario es, en esencia, un control político y se materializa en una función de constante vigilancia y rendición de cuentas que el Parlamento o la Asamblea de diputados y diputadas pone en marcha, sobre la acción del Gobierno, entendido como el elenco de personas funcionarias del Poder Ejecutivo que ejercitan materialmente las funciones administrativas y, principalmente, gubernativa del Estado.

Para Hernández Valle (2000, pp. 436-437), el control parlamentario:

> *[…] consiste, desde el punto de vista jurídico, en la actividad de verificación y formación de juicio del órgano legislativo respecto de determinados hechos realizados por otros órganos o funcionarios públicos. En otros términos, el control parlamentario consiste en verificar la conformidad de las actuaciones de los órganos y funcionarios públicos a los parámetros constitucionales, legales y políticos que deben enmarcar su actuación.*

En estricto sentido, el control parlamentario es una derivación directa de varios principios inherentes a un Estado social y democrático de derecho, tales como la transparencia, la legalidad de la conducta del Estado, la fiscalización sobre la conducta de las personas funcionarias públicas y la rendición de cuentas, los cuales, dicho sea de paso, se concretan en el artículo 11 de la Constitución Política:

> *ARTÍCULO 11.-Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal por sus actos es pública. La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. […].*

Aunado a lo anterior, en nuestro ordenamiento jurídico, el control parlamentario confirma su sustento constitucional, en los incisos 9 y 10 del artículo 121 de la Constitución Política, cuando atribuyen a la Asamblea Legislativa, respectivamente, la posibilidad de admitir o no las acusaciones que se formulen contra miembros de los supremos poderes y decretar la suspensión de las mismas personas funcionarias, cuando se deba proceder contra ellas en la vía judicial por delitos comunes.

Asimismo, los incisos 23 y 24 del mismo numeral 121 de la Carta Magna merecen especial importancia, en tanto atribuyen, respectivamente, la posibilidad a la Asamblea Legislativa para conformar comisiones especiales de investigación y formular interpelaciones contra personas funcionarias públicas.

Ergo, no hay inconveniente alguno en afirmar que el control parlamentario, esto es, esencialmente, control político, tiene fundamento en la Constitución Política y esta norma suprema atribuye ese control primordialmente a cargo de la Asamblea Legislativa, como representante por excelencia del pueblo soberano (artículo 105 constitucional).

B. La forma de gobierno parlamentaria: el punto de partida de la función de control parlamentario

La forma de gobierno parlamentaria tiene lugar cuando un Estado, indiferentemente de su sistema político, se asienta sobre la base de una mutua interdependencia entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo, en la cual, la continuidad del gobierno y la estabilidad del Poder Ejecutivo dependen de la confianza que el Parlamento haya puesto en aquel. Bajo ese mismo contexto, el gabinete de ministros y la mayoría del Parlamento deben coincidir para que el gobierno del Estado sea viable.

Precisamente, la aparición de la forma de gobierno parlamentaria se produce en el momento en que se pone en marcha el principio según el cual, para que el Poder Ejecutivo pueda ejecutar su programa de gobierno, debe contar con la confianza política del Parlamento. De tal manera, la función de control parlamentario encuentra su origen en el gobierno de tipo parlamentario. Pero, además, solo tiene sentido si previamente existe una relación de confianza entre el Parlamento y el Gobierno, de modo que este último deba su posición a la Asamblea de diputados y diputadas y responda políticamente ante ella.

De ese modo, el otorgamiento de la confianza se efectúa a través de la investidura, esto es, el momento en que se designa al gabinete con la aquiescencia del Parlamento. En el derecho comparado, existen dos modelos de investidura parlamentaria:

- Investidura implícita: Seguida en Gran Bretaña, Dinamarca, Francia, Austria o los Países Bajos. Bajo este modelo, la confianza se sobreentiende otorgada hasta que se prive de esta al gabinete de gobierno.

- Investidura expresa: De acuerdo con este, es necesario un acto expreso de otorgamiento de la confianza del Parlamento en el Gobierno. Este mecanismo, a su vez, puede subdividirse en dos variantes. En primer lugar, puede corresponderle al jefe de Estado o al presidente de la República, la propuesta de nombramiento del presidente de Gobierno o primer ministro, o bien de este y también del conjunto del Gobierno. Tal es el caso de Italia, Bélgica, Portugal, Alemania, España. Por su parte, bajo la segunda variable, como es el caso de Japón y Suecia, el jefe de Estado no participa en absoluto en el nombramiento del Gobierno, sino que este depende por completo de la confianza del parlamento.

Bajo el contexto expuesto, sin confianza no es posible que haya control y ese control solo puede ser llevado a cabo por aquel que otorga la confianza. Clásicamente, en una forma de gobierno parlamentaria, existen algunos mecanismos de verificación de la confianza recíproca que debe existir entre el Parlamento y el Gobierno, a través de los cuales se ejercita el control parlamentario, veamos:

1. **La moción de censura**: Consiste, básicamente, en una moción efectuada por el parlamento, a través de la cual, retira su confianza del Poder Ejecutivo y que, en la práctica, significa la antesala de la dimisión de un ministro o una ministra o del conjunto del gabinete. En similar sentido, Hernández Valle ha manifestado que "[…] consiste en un voto negativo que se le da ya sea a un miembro del Gabinete o a todo él, cuando la mayoría del Parlamento considera que alguna actuación o, en general, toda su política es contraria al ordenamiento jurídico o a los intereses nacionales". (Hernández, 2000, p. 461).

2. **La cuestión de confianza**: Es un instrumento parlamentario cuya finalidad es exigir responsabilidad política al Gobierno y se caracteriza porque tal exigencia es una carga autoimpuesta por el propio Gobierno, es decir, la iniciativa corresponde al gabinete.

Con el planteamiento de la cuestión de confianza, el Gobierno puede pretender (a) verificar el respaldo parlamentario en su programa, (b) hacer frente a una oposición circunstancial del Parlamento ante una decisión política del Gobierno considerada por este como esencial para su gestión, o bien (c) disipar rumores sobre divisiones o escisiones en el seno gubernamental.

En Francia, por ejemplo, con sustento en el artículo 49 de su Constitución Política, se da la hipótesis clásica de este mecanismo, en la que el Gobierno compromete su responsabilidad a la votación de un proyecto de ley que considera de suma importancia para su proyecto político y que, se entenderá adoptado, sin ser votado por la Asamblea, si transcurridas 24 horas después de su presentación, la oposición no presenta una moción de censura. Ahora bien, si se presenta la moción de censura, la votación no versaría sobre el proyecto formulado por el Gobierno, sino sobre la propia moción de censura, la cual, en caso de que se apruebe con mayoría, tendría por rechazado el texto legislativo y, a la vez, por derribado al Gobierno.

Por su parte, en España, se da la particularidad de que la cuestión de confianza no va ligada a la aprobación de un proyecto de ley, sino que, de acuerdo con el artículo 112 de la Constitución española, lo que el Gobierno plantea ante el Congreso de Diputados es un aspecto de su propio programa o sobre una declaración de política general. En caso de que el Congreso niegue su confianza al Gobierno, este presentará su dimisión al rey.

Actualmente, el sentido de la cuestión de confianza no es tanto el compromiso del Gobierno de obligarse a dimitir en el caso de que se carezca del respaldo parlamentario, sino el de reforzarse frente al electorado o bien aprobar un proyecto legislativo sin que las cámaras hayan podido enmendarlo.

3. **El derecho de disolución:** Constituye un mecanismo de equilibrio constitucional, contrapeso de la moción de censura, a través del cual, el primer ministro tiene la posibilidad de disolución de las cámaras y, con ello, de convocar a nuevas elecciones, en el caso de que la oposición del Parlamento le impida al Gobierno ejecutar su programa.

C. El control parlamentario en las formas de gobierno presidencialista y parlamentaria

Las formas de gobierno presidencialista y parlamentaria son muy diferentes, ya que responden a postulados y efectos de distinta naturaleza. Podría afirmarse que uno de los elementos esenciales para distinguir a ambas figuras es que, en el parlamentarismo, el Poder Ejecutivo se integra sobre la base de un jefe de Estado, cuyo poder es limitado, y un gabinete que es designado por el Parlamento, al que en cualquier momento este le puede retirar la confianza, mientas que, en el presidencialismo, el jefe de Estado es el mismo que lidera al Gobierno, y no existen instrumentos de control que condicionen la formación del Gobierno o su continuidad a la confianza del Parlamento, ni tampoco existe el derecho a disolver el Parlamento.

Ahora bien, en los sistemas políticos no parlamentarios sino presidencialistas –caracterizados por una rígida separación entre los poderes del Estado, principio hoy conocido como de separación de funciones–, si bien en rigor no puede decirse de la existencia de una función de control parlamentario puro, lo cierto es que, bajo una perspectiva amplia de dicha función, sí puede afirmarse la presencia de un cierto control sobre los y las miembros del Gobierno que se operativiza a través de diversos cauces, y que constituyen lo que se ha dado en llamar un sistema de frenos y contrapesos.

Por consiguiente, bajo una visión amplia, puede llevarse a cabo el control parlamentario en Estados cuya forma de gobierno lo es tanto presidencialista (tal como Costa Rica y los Estados Unidos de

Norteamérica), como parlamentaria (caso de Alemania, España, Italia, entre otros). De igual forma, se puede atribuir la existencia de control parlamentario en ambas formas de gobierno a la propia evolución política que condujo a una paulatina incorporación de elementos de naturaleza estrictamente parlamentaria en esquemas de gobierno presidencialistas.

D. El origen histórico del control parlamentario

El estudio de la responsabilidad política del Gobierno obliga a comprender de dónde surge ella misma: nace del control parlamentario. A su vez, históricamente, el origen de tal control parlamentario está unido al nacimiento mismo de la forma de gobierno parlamentaria.

Veamos con mayor claridad lo anterior. El inicio de la forma de gobierno parlamentaria y, con ello, de la función de control parlamentario se manifiesta en Inglaterra mucho más temprano que en cualquier otro país de Europa. El poder monárquico absolutista en Inglaterra se vio potenciado desde Enrique VII (1485-1509) y alcanzó su mayor apogeo con la reina Isabel (1559-1603). En esta época, floreció el poder monárquico, y los parlamentos se mostraban dóciles a acatar la voluntad del monarca.

Sin embargo, tiempo después y, paradójicamente, la nobleza, una clase privilegiada cercana a la realeza que se había visto beneficiada con el poder del monarca, originó una corriente de oposición contraria a ese poder. Para los nobles, constituidos en gran número por grandes comerciantes e industriales, era necesario romper cualquier atadura con la monarquía absoluta, con el objeto de potenciar su libertad económica, principalmente, al evitar que los monarcas, por su propia autoridad y voluntad, exigieran contribuciones económicas a sus súbditos. Así, la incorporación de nobles en el parlamento significaría el comienzo de la función de control sobre el monarca.

De esa manera, la existencia de una representación de nobles en el Parlamento hizo posible que las concepciones que procuraban disminuir el poder absolutista del monarca derivaran en una lucha constitucional entre el rey junto a sus ministros contra el Parlamento inglés. Esa lucha entre el rey y el Parlamento se intensificó e instaló el germen del parlamentarismo, cuna del control parlamentario.

A su vez, el origen del control parlamentario, como función de constante vigilancia de la acción gubernamental por parte de la Asamblea de diputados, marcó el inicio de la responsabilidad política del Gobierno, el cual debía responder ante aquella Asamblea y, a partir de ello, se vería expuesto a instrumentos de control que podrían aparejar, inclusive, su destitución.

II. El inicio de la responsabilidad política del Gobierno: El impeachment

Sería virtualmente imposible referirse a la responsabilidad y al control, ambos políticos, sin hacer alusión a su verdadero e histórico origen: la institución denominada impeachment.

A. Sentido originario

Originariamente, el impeachment nació en Inglaterra y consistió en un proceso de naturaleza penal para acusar y, eventualmente, condenar a los ministros del rey. La acusación era efectuada por la Cámara de los Comunes; y el enjuiciamiento, por la Cámara de los Lores. Este procedimiento, cuyo corte era puro de responsabilidad criminal, fue el auténtico origen histórico del control parlamentario.

B. Evolución

El impeachment, como mecanismo originario para exigir responsabilidad penal de los funcionarios de gobierno, oriundo del continente europeo, fue evolucionando y acabó en convertirse en un mecanismo para que el

Parlamento le exigiera cuentas al Gobierno y le atribuyera responsabilidad ya no penal, sino política, a aquel.

Actualmente, el impeachment ha caído en desuso en Gran Bretaña, debido a que paulatinamente ha ido pasando de ser un proceso de responsabilidad penal, hasta convertirse en un principio de responsabilidad política del gabinete ante los Comunes.

C. Trascendencia hacia América

Evolutivamente, el impeachment británico fue exportado a América y se plasmaría, sorpresivamente, aún con un sentido de exigencia de responsabilidad penal, en la Constitución de los **Estados Unidos de Norteamérica** de 1787, donde actualmente se mantiene como un procedimiento para exigir responsabilidad criminal. Fue en este país norteamericano donde se plasmó la primera manifestación del impeachment en el continente americano y, posteriormente, de ahí, comenzó su expansión hacia otros países de la misma región. De esa forma, la Constitución Política de Estados Unidos, literalmente, en inglés, señala:

> *Article II, Section 4 of the Constitution:*
>
> *The President, Vice President and all civil Officers of the United States, shall be removed from Office on Impeachment for, and Conviction of, Treason, Bribery, or other high Crimes and Misdemeanors.*

El precepto anterior suele traducirse así: "El presidente, el vicepresidente y todos los funcionarios civiles de los Estados Unidos serán destituidos de sus cargos mediante el procedimiento de "impeachment", previa acusación y convictos que fueren de traición, cohecho u otros delitos graves y menos graves".

Así fue cómo, a partir de esa primera manifestación en América, que el impeachment penal daría origen a sistemas mixtos en el constitucionalismo latinoamericano, en los cuales se logran combinar mecanismos de responsabilidad penal y política al presidente de la República y a su gabinete. Por ejemplo, en el numeral 48 de la Constitución de **Chile**, se indica:

> *Art. 48. Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados: […]*
>
> *2ª Declarar si han o no lugar las acusaciones que no menos de diez ni más de veinte de sus miembros formulen en contra de las siguientes personas:*
>
> *a) Del Presidente de la República, por actos de su administración que hayan comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, o infringido abiertamente la Constitución o las leyes.*
> *[…]*
>
> *b) De los Ministros de Estado, por haber comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, por infringir la Constitución o las leyes o haber dejado éstas sin ejecución, y por los delitos de traición, concusión, malversación de fondos públicos y soborno.*

Por su parte, la Constitución Política del **Perú** expresa en su artículo 100:

> *Corresponde al Congreso, sin participación de la Comisión Permanente, suspender o no al funcionario acusado o inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública hasta por diez años, o destituirlo de su función sin perjuicio de cualquiera otra responsabilidad. […] En caso de resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de la Nación formula denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días. […].*

En similar sentido, el impeachment de contenido originariamente penal, con evolución hacía responsabilidad política, también tuvo resonancia

en nuestro ordenamiento jurídico. Así, el inciso 9) del canon 121 de la Constitución Política de **Costa Rica** manifiesta lo siguiente:

> *ARTÍCULO 121.- Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: […]*
>
> *9) Admitir o no las acusaciones que se interpongan contra quien ejerza la Presidencia de la República, Vicepresidentes, miembros de los Supremos Poderes y Ministros Diplomáticos, declarando por dos terceras partes de votos del total de la Asamblea si hay o no lugar a formación de causa contra ellos, poniéndolos, en caso afirmativo, a disposición de la Corte Suprema de Justicia para su juzgamiento […]*

De esta manera, por votación calificada, la Asamblea Legislativa costarricense puede decretar el desafuero de los funcionarios de los miembros de los supremos poderes, a través de lo cual, se pondrá a aquellos a la orden de los tribunales de justicia de la República.

Otros ejemplos interesantes son el de **Colombia,** ya que, de acuerdo con su Constitución (arts. 198 y 199), el presidente de la República es responsable por sus actos y omisiones, cuando estos puedan violar la Constitución o las leyes. De la misma forma, el presidente de la República puede ser perseguido judicialmente y juzgado, cuando haya en su contra una acusación formulada por la Cámara de Representantes y cuando el Senado haya declarado que hay lugar a formación de causa en su contra.

Por su parte, en **Bolivia**, la Constitución Política de ese país (art. 158, incisos 17 y 18) establece que es atribución de la Asamblea Legislativa Plurinacional, controlar y fiscalizar a los órganos de las instituciones públicas, así como interpelar a los ministros de gobierno, de modo tal que, cuando se acuerde la censura de aquellos, esta implica la destitución del respectivo ministro individual o de un conjunto de ellos.

De igual manera, en **Ecuador**, según el texto constitucional de ese país (art. 129), la Asamblea Nacional puede autorizar, con votación de mayoría calificada de sus integrantes, el enjuiciamiento penal del presidente o del vicepresidente de la República. En **Guatemala**, le corresponde al Congreso de la República declarar si hay lugar o no a la formación de causa contra funcionarios de los supremos poderes del Estado (art. 165 de la Constitución Política), En **México**, el artículo 111 de su Constitución dispone que el Congreso tiene facultad para declarar si procede penalmente o no contra los servidores públicos que hayan incurrido en delitos.

Finalmente, un ejemplo interesante es el de **El Salvador**, donde su Constitución (art. 131, inciso 37) indica que la Asamblea Legislativa tiene la atribución de recomendar a la Presidencia de la República la destitución de los ministros de Estado, o bien, puede recomendar a los organismos correspondientes, la destitución de las personas funcionarias de instituciones oficiales autónomas, cuando así lo estime conveniente, como resultado de la investigación de sus comisiones especiales o de la interpelación.

A la vez, su Constitución también dispone que los ministros o encargados del despacho y presidente de instituciones oficiales autónomas deben concurrir a la Asamblea Legislativa para contestar las interpelaciones que les hagan. En caso de que así no lo hicieran y sin justa causa se nieguen a concurrir, tales funcionarios quedarán, por el mismo hecho, depuestos de sus cargos (art. 165 de su Constitución).

III. Los instrumentos de control parlamentario

En nuestro medio, tenemos claro que existen algunos mecanismos que permiten a la Asamblea

Legislativa efectuar un control político, respecto a la conducta de entidades y personas funcionarias públicas. Sin embargo, con el fin de concretar aún más cuáles son tales mecanismos, a continuación, nos referiremos a ellos:

A. Las preguntas parlamentarias: el "Question time" y otras modalidades de pregunta

Concepto. Las preguntas parlamentarias son la herramienta individual de control de los parlamentarios o diputados por excelencia. Tales preguntas versan sobre aspectos concretos, del ámbito delimitado y originan un breve diálogo –no debate– entre la respectiva persona parlamentaria que las formula y el o la miembro de gobierno a quien van dirigidas.

Origen. Tienen origen en el parlamento británico, cuando en 1721, en la Cámara de los Lores, por primera vez, en el Parlamento británico, se formula una pregunta en sentido estricto. Posteriormente, a partir de 1783, la Cámara de los Comunes tomó la decisión de conocer breves sesiones de preguntas que el Speaker (presidente de dicha Cámara, encargado de presidir los debates, moderar y mantener el orden) consideraba como un derecho individual de los parlamentarios.

Así, a lo largo del siglo XIX, dicha práctica se iría consolidando hasta convertirse en un instrumento autónomo del parlamento británico, a la que se dedica una parte entera de cada sesión parlamentaria desde mediados de dicho siglo.

Bajo ese contexto, en 1849 se consolidó el precedente de fijar una hora al inicio de cada sesión para tramitar las preguntas que los parlamentarios quisieran formular a los miembros del gabinete. Este tiempo recibió la denominación de "Question time".

Ahora bien, las preguntas parlamentarias constituyen una especie de inquisición directa al Gobierno por parte de un parlamentario que, por lo general, no da lugar a debate, como sí sucede con otros mecanismos de control como lo es la interpelación, a la cual nos referiremos más adelante.

Efectos. En síntesis, a través de las preguntas, los parlamentarios llevan a cabo una especie de "marcaje" permanente sobre la labor del Gobierno, con el fin de mantener un control político sobre la gestión gubernamental. Un aspecto importante de este tipo de mecanismo, que merece enfatizarse, es que las preguntas están desprovistas de sanción política inmediata, y como hemos indicado, no dan lugar a debate, por lo que tampoco provocan votación alguna en el seno del parlamento.

B. La interpelación

Concepto. La interpelación es un mecanismo de control parlamentario que, más allá de intentar conocer u obtener información acerca de la conducta del Gobierno, tiene como finalidad emitir un juicio sobre tal conducta. Las interpelaciones son formuladas por los diputados y tienen una clara vocación de exigencia de responsabilidad política hacia el Gobierno. En los sistemas parlamentarios puros, la interpelación es la antesala de la censura parlamentaria y, con ello, de la dimisión del Gobierno.

En el parlamentarismo continental, la interpelación se construyó como el contrapeso a la facultad que el Gobierno tiene de disolver la Cámara, a través de la cuestión de confianza.

Origen. La interpelación nace en Francia, a partir de la Revolución Francesa en 1789, aunque, extrañamente, no fue constitucionalizado en dicho país hasta 1946. El parlamentario (diputado) individual instaba a la Asamblea el planteamiento de una interpelación (solicitaba autorización) y, a partir de ello, con la autorización, se determinaba el debate para finalizar con una votación pura y simple, o bien, una motivada. Las motivadas eran normalmente mociones de censura, mientras que las puras y simples eran la reacción que el

Grupo mayoritario de la Cámara planteaba a las mociones motivadas, y que venía a ser algo así como una moción de confianza.

Actualmente, la interpelación en Francia ha decaído y ha sido sustituida por las denominadas preguntas con debate, que en ningún caso dan lugar a votación alguna.

Extensión y adaptación. Desde Francia, la interpelación se ha extendido hacia el resto del parlamentarismo continental.

Así, por ejemplo, en Suiza, es una figura utilizada para el análisis de materias concretas y no genéricas como en el resto de los países. En Alemania, la interpelación trata sobre aspectos que afectan al interés general, y su tramitación exige la autorización de la Cámara.

A su vez, en Italia, la interpelación se presenta como una pregunta hecha por escrito sobre los motivos o propósitos de la conducta del Gobierno, en aras de un indirizzo (<dirección>) político. Por otra parte, en el ámbito anglosajón, como Estados Unidos, es una figura desconocida, lo cual es absolutamente normal, debido al sistema presidencialista de su Gobierno.

La interpelación en Costa Rica. A través del tiempo, la interpelación ha trascendido, con ciertas matizaciones, a diferentes ordenamientos jurídicos, tal es el caso de Costa Rica. De tal modo, el artículo 121, inciso 24 de la Constitución Política, atribuye con exclusividad a la Asamblea Legislativa, la facultad de

> *Formular interpelaciones a los Ministros de Gobierno, y además, por dos tercios de votos presentes, censurar a los mismos funcionarios, cuando a juicio de la Asamblea fueren culpables de actos inconstitucionales o ilegales, o de errores graves que hayan causado o puedan causar perjuicio evidente a los intereses públicos.*

Bajo ese contexto, en Costa Rica, la interpelación es un mecanismo de control parlamentario que, si bien no posee los efectos jurídicos propios de esa figura en un régimen parlamentario puro, como lo es fungir como paso previo a una moción de censura y, con ello, derribar al gabinete, lo cierto es que sí provoca un serio cuestionamiento político que puede desgastar la imagen del Gobierno y exponer a un determinado funcionario ante la opinión pública.

C. Mociones o proposiciones no de ley

Están referidas a manifestaciones de voluntad o deseo del Parlamento que se perfeccionan a partir del momento en que se aprueban, sin que haya necesidad de sanción o de promulgación posterior. Este tipo de instrumentos carecen de la fuerza vinculante de la ley; pero tienen un valor político de control o dirección.

En algunas ocasiones, el ordenamiento les atribuye a las mociones o proposiciones no de ley, efectos obligatorios, aunque nunca generales, sino para un órgano o destinatario concreto, como, por ejemplo, lo que ocurre con las mociones de censura o las que pueden seguir a la tramitación de una interpelación. Otras veces, también se llama moción a las decisiones de carácter interno del congreso, tales como aquellas de naturaleza disciplinaria.

D. Comparecencias

Representan el derecho del Parlamento a solicitar información oral de las personas funcionarias de Gobierno que le permite a aquel obtener información de primera mano, para usarla con distintas finalidades, tales como desgastar la imagen gubernamental, poner en evidencia al Gobierno ante la opinión pública o bien tomar nota para el desarrollo de los trabajos legislativos.

A través de las comparecencias, de acuerdo con Martínez Felipe (1978), el gobierno y la Asamblea Legislativa pueden verse las caras frente a frente, de modo tal que el diputado, ya sea en plenario, es decir, bajo la totalidad de los y las

integrantes del Parlamento o bien, en comisión, tiene plena posibilidad, a viva voz, de formular cuestionamientos, preguntas y exhortaciones a las personas funcionarias de gobierno.

La obligación de comparecer es de todas las personas funcionarias públicas y, en algunos ordenamientos, tal como se mencionó con el ejemplarizante caso de El Salvador, la inasistencia injustificada de una persona funcionaria llamada a comparecer apareja la dimisión automática de su cargo.

E. Solicitudes de información

Constituyen el derecho de los parlamentarios a obtener información escrita por parte del Gobierno. Por su medio, el Parlamento puede obtener información puntual, concreta y detallada sobre diversos aspectos de la labor gubernamental.

A diferencia de las comparecencias y de las preguntas parlamentarias, las solicitudes de información no solo van más allá de aspectos políticos, sino también pueden comprender otros aspectos directa o indirectamente relacionados con la función de control político, tales como información relativa a la conducta de personas funcionarias públicas o de la función administrativa, actividades administrativas llevadas a cabo por entes públicos, datos de acceso público, informes estadísticos, datos sobre remuneraciones, contratos públicos, fondos públicos, etc., que posibilitan, de alguna manera, el ejercicio de la función de control político.

La duda que podría generarse subyace cuando el derecho de los parlamentarios a obtener información pueda contraponerse a otros derechos fundamentales, tales como la intimidad y la confidencialidad (artículo 24 constitucional), en cuyo caso, nos inclinamos a la prevalencia del primero, siempre y cuando los datos confidenciales resulten debidamente protegidos.

F. Las comisiones de investigación

Naturaleza y funciones. En el seno del Parlamento, pueden formarse comisiones integradas por un determinado conjunto de parlamentarios, usualmente militantes de diversas agrupaciones políticas para garantizar la representación e igualdad democráticas, cuyo objetivo es la investigación de específicos asuntos que atañen con especial interés a las funciones del Parlamento o están íntimamente relacionadas con el interés general. El numeral 121, inciso 23 de la Constitución Política dispone que le corresponde a la Asamblea Legislativa: "Nombrar comisiones de su seno para que investiguen cualquier asunto que la Asamblea le encomiende, y rindan el informe correspondiente. […]".

Objeto. El ámbito material de las comisiones de investigación se concreta en la actividad propia de las personas que fungen cargos, cuya naturaleza pueda contener una vertiente de responsabilidad política o bien aspectos de interés público.

Tales comisiones de investigación parlamentaria tienen una doble naturaleza: Por un lado, son instrumentos de control parlamentario puro, a través de los cuales, los parlamentarios fiscalizan la conducta del Gobierno y de las personas funcionarias públicas, entendida tal función en el contexto de los frenos y contrapesos del Estado constitucional democrático de derecho. Por otra parte, son instrumentos para suministrar la información que los órganos parlamentarios requieren para llevar a cabo sus funciones legislativas y presupuestarias.

Características. Especial interés merece una de las principales características de las comisiones de investigación, aunada a la publicidad y transparencia de sus procedimientos, así como al respeto de los derechos fundamentales, ya que posee poderes análogos e idénticas limitaciones a los de la autoridad judicial, pues incluso puede hacer comparecer ante sí a cualquier persona para que rinda declaraciones, con el auxilio de la Fuerza Pública si es necesario. Debe aclararse que

los resultados de la investigación efectuada por una comisión parlamentaria no son vinculantes para los tribunales de justicia, ni afectan sus resoluciones, sin perjuicio de que el resultado de la investigación sea comunicado al Ministerio Público para el ejercicio de las acciones que corresponda.

Límites de las comisiones de investigación. El artículo 121, inciso 23 de la Constitución Política establece que "[…] Las comisiones tendrán libre acceso a todas las dependencias oficiales para realizar las investigaciones y recabar los datos que juzguen necesarios. Podrán recibir toda clase de pruebas y hacer comparecer ante sí a cualquier persona, con el objeto de interrogarla".

Ahora bien, como límites materiales de esa facultad antes indicada, tenemos como uno de los más relevantes el derecho a la confidencialidad de los datos e información que una comisión de investigación podría obtener o solicitar, dado que se trata de información protegida también con sustento constitucional. En tales supuestos y, ante una ponderación comparativa y valorativa de ambas regulaciones constitucionales, nos inclinamos por considerar que, si bien es posible para una comisión de investigación obtener datos de tipo confidencial –siempre dentro del marco de lo estrictamente investigado y atinente al interés público–, aquella deberá resguardar con sumo recelo esa información para que se garantice la confidencialidad frente a terceros.

A su vez, en algunos ordenamientos, se ha previsto que ciertas materias, clasificadas como secretas o reservadas, deben estar fuera del alcance de las comisiones de investigación, como sucede en España con la Ley 48/1978, relativa a secretos oficiales, o la Ley 11/1995 que regula la utilización y el control de los créditos destinados a gastos reservados.

Extrapolado lo anterior a nuestro ordenamiento, estimamos que las materias calificadas como secreto de Estado –que dicho sea de paso, no contamos en Costa Rica con regulación legal al respecto– no podrían considerarse fuera del alcance de las comisiones de investigación, ya que el parlamento es el órgano político por excelencia del Estado y bien puede ingresar al análisis de temas eminentemente políticos, como lo son la seguridad y la defensa nacional, las relaciones exteriores y las relaciones entre los poderes del Estado.

Aunado a lo anterior, la Sala Constitucional ha indicado que "[…] las Comisiones de Investigación deben respetar los derechos fundamentales de los comparecientes […] todos aquellos reconocidos por la propia Constitución Política, la legislación internacional e interna y que, aun cuando puedan relacionarse con el debido proceso, tienen autonomía propia y, como tales, forman parte de los derechos que el ordenamiento les reconoce a todas las personas". (Voto n.º 6802-1998). Por su parte, quizá, podría tenerse como un límite de las comisiones de investigación, de acuerdo con el inciso 24 del numeral 121 constitucional, lo relativo a "los asuntos en tramitación de carácter diplomático o que se refieran a operaciones militares pendientes".

Dictamen o recomendaciones. El procedimiento parlamentario ante las comisiones de investigación se ejercita en el marco de un juicio de carácter político y de ninguna manera, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, puede entenderse como de carácter jurídico, ni jurisdiccional (voto n.º 1954-1997). Tal procedimiento suele concluir con la adopción de un informe o conclusiones que, en la mayoría de los casos, es objeto de debate por el pleno del Parlamento y que tiene como principal objetivo exponer a la luz pública determinadas conductas de personas funcionarias públicas o de políticos, dado su carácter lesivo del ordenamiento jurídico o su intrínseco reproche moral.

IV. Conclusiones

Los instrumentos de control parlamentario deben ser utilizados, más que para empañar la imagen de un Gobierno, para promover la transparencia,

la legitimidad de la conducta de las personas funcionarias públicas y la rendición de cuentas.

Las actuaciones de control parlamentario también pueden asumir la forma de actos de orientación general e impulso político a las acciones del Poder Ejecutivo. Claramente, el parlamento no puede sustituir la iniciativa del Gobierno, pero sí tiene la posibilidad de aceptar o rechazar los textos negociados por aquel o bien, convertir las enmiendas en propuestas específicas de reservas a los tratados internacionales.

El parlamento moderno debe posibilitar a la ciudadanía la participación y la exigencia de responsabilidad a las personas funcionarias públicas a través de las nuevas tecnologías (teledemocracia o democracia electrónica), a través de instrumentos, tales como un portal web actualizado, con información clara y asequible a toda la ciudadanía, mecanismos de interacción de los parlamentarios con el ciudadano o la ciudadana que permitan presentar opiniones, quejas y sugerencias a través de la red, chats, foros de debate y consultas en línea.

Este tipo de mecanismos, aunado a los instrumentos de control parlamentario a los que se hizo referencia en este estudio, hacen posible el control no tanto del Parlamento, sino el control de la ciudadanía por medio del Parlamento, ya que revitalizan la democracia directa y permiten incorporar las opiniones de la ciudadanía en la función constitucional de control parlamentario sobre el Gobierno.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aragón Reyes, M. (1995). Constitución y control del poder: Introducción a una teoría constitucional del control. Argentina.

Rubio Llorente, F. (1997). La forma del poder. Estudios sobre la Constitución. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. España.

Hariou, M. (1971). Derecho constitucional e instituciones políticas. Madrid, España.

Hernández Valle, Rubén. (2000). Derecho parlamentario costarricense. Segunda edición, Investigaciones Jurídicas. Costa Rica.

Morelo Alonso, D. (2003). Las interpelaciones parlamentarias. Monografías del Congreso de los Diputados. España.

Torres Bonet, M. (1998). Las comisiones de investigación: instrumentos de control parlamentario del Gobierno. Congreso de los Diputados, España.

Jurisprudencia

Sala Constitucional, voto n.º 1954-1997.
Sala Constitucional, voto n.º 6802-1998.

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 125, págs 179-186 ISSN 2215-2385 / diciembre 2018

LA CARTA DE DESPIDO EN LA REFORMA PROCESAL LABORAL

Lic. Jorge Mario Soto Álvarez*
jorgemariosotoalvarez@gmail.com

Recibido 14 junio 2018 **Aprobado 16 agosto 2018**

DISMISSAL LETTER IN THE PROCEDURAL LABOR LAW REFORM

RESUMEN

La modificación establecida en el artículo 35 del Código de Derecho Laboral Procesal, establece el requisito del empleador de mantener un registro y enunciar de manera clara y precisa las principales razones de una disputa sin responsabilidad, y establece como obligatorio la entrega personal de este certificado o al Ministerio de Trabajo si el trabajador se niega. Sin embargo, el legislador no estableció una consecuencia por la falta del certificado de despido, que considero que podría ser declarar nulidad del despido.

Palabras claves: Reforma laboral procesal, carta de despido, nulidad.

ABSTRACT

The modification set on the item 35 in the Procedural Labor Law Code stablishes the employer's requirement of keeping record and state clearly and precise the main reasons of a dispute with no responsibility, as well it sets as mandatory the personal delivery of this certificate or to the Labor Ministry if worker refuses. Nevertheless, the lawmaker did not set a consequence for the lack of the dismissal certificate, which I consider, could be to declare nullity of the dismissal.

Keywords: Procedural labor reform, letter of dismissal, nullity.

* Profesor Universitario y Juez del Tribunal de Apelaciones de Alajuela.

I. Aspectos Generales. Artículo 35 del Código de Trabajo antes de la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Laboral

Considero conveniente recordar que, por regla general, el Código de Trabajo aplica en las relaciones laborales entre las personas empleadoras y las trabajadoras del sector privado. Entonces la aplicación de la normativa objeto de este ensayo debe circunscribirse en este ámbito subjetivo de relaciones laborales.

En materia de empleo público, rigen las normas de derecho público estatuario o las normas especiales de cada institución. En tesis de principio, se requiere de un procedimiento administrativo previo para imponer una sanción disciplinaria, salvo en aquellas entidades, cuyas relaciones laborales se rigen por el derecho común.

Otro aspecto importante por considerar, desde mi punto de vista, es el análisis de los términos de la carta o del certificado de despido en forma amplia y bajo el contexto de nuestra realidad nacional. Con ello quiero enfatizar que no se limita únicamente a un documento escrito, sino a cualquier representación gráfica o digital que puede ser comunicada actualmente por medios tecnológicos, como el correo electrónico o el whatsapp, o formas similares que en un futuro pueden documentar o demostrar la decisión de la persona empleadora de dar por terminada la relación laboral.

El artículo 35 del Código de Trabajo indicaba antes de que la Ley N.º 9343 (Reforma Procesal Laboral) entrara en vigencia:

> "**Artículo 35.-**
> *A la expiración de todo contrato de trabajo, por cualquier causa que este termine, el patrono, a solicitud del trabajador, deberá darle un certificado que exprese, únicamente:*
> *a) la fecha de su entrada y de su salida;*
> *b) la clase de trabajo ejecutado;*
> *Si el trabajador lo desea, el certificado determinará también:*
> *c) la manera de como trabajó; y*
> *d) las causas de retiro o cesación del contrato".*

En su momento histórico, esta normativa fue cuestionada ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la cual, en su voto 2170-93, declaró con lugar un recurso de amparo interpuesto por un extrabajador contra una empresa privada (su exempleadora). Al acoger el recurso, ordenó a la patronal a entregarle al recurrente el certificado o la carta de finalización de la relación laboral, en los términos del artículo 35 del Código de Trabajo. Al respecto, la Sala Constitucional señaló en lo que interesa:

> *[…] Sin embargo, cuando el trabajador, lo solicite o no, no se extiende la certificación que manda el artículo 35 del Código de Trabajo, se le ocasiona un serio desequilibrio, traducido en términos constitucionales, en un atentado directo e inmediato al derecho al trabajo y al debido proceso, pues en el eventual caso de acudir a la jurisdicción común a hacer valer sus derechos, disposiciones como las citadas del artículo 82 se tornan inocuas: al trabajador no se le documenta la presunta causal de terminación del contrato e incoado el proceso ordinario correspondiente se le pueden alegar todas y cada una de las causales de justo despido. Sería mero ritualismo alegar que puede ocurrir a la jurisdicción ordinaria para obtener el certificado y luego, con la presunta justa causal documentada, incoar acción en reclamo de sus prestaciones correspondientes. Si a un trabajador se le especifica por escrito la falta en que incurrió y por la cual se le despide, la empresa no podría posteriormente en el juicio alegar que fue otra diferente, ni aducir que existen faltas concomitantes, salvo que por convención colectiva o*

por ley así se hubiera establecido. Por lo demás, la obligación de certificación también permite documentar el tiempo y clase de trabajo ejecutado, facilitando a la parte débil de la relación laboral el reclamo de sus derechos. Vemos, entonces, la trascendencia de la obligación patronal de certificación. En el caso presente la relación laboral concluyó por retiro voluntario del trabajador, y sigue teniendo trascendencia la certificación porque éste tiene derecho a documentar su "curriculum" laboral y a que con posterioridad, dentro o fuera del juicio, no se le impute una presunta renuncia inducida por causas perjudiciales a su dignidad personal […].

Sobre este tema, también existen el Convenio n.º 158 aprobado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1982 denominado: "Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador", y la Recomendación n.º 166 sobre la terminación de la relación de trabajo.

Si bien es cierto, este Convenio no ha sido ratificado por la Asamblea Legislativa de nuestro país, ambos instrumentos establecen una guía orientadora para el aplicador del derecho en los casos de finalización de la relación laboral por decisión unilateral de la persona empleadora. Por ejemplo, el artículo 12 de la Recomendación de la OIT establece la obligación de notificar por escrito la decisión de dar por terminada la relación laboral. Y el artículo 13.1 *ibidem* señala: "el derecho del trabajador a quien se le haya notificado la terminación de la relación de trabajo, de solicitar su empleador una constancia por escrito donde se expongan los motivos de la terminación de la relación laboral".

Además, resulta pertinente recordar que en

La Constitución de la OIT, tipifica a los convenios y las recomendaciones como los dos instrumentos principales en los que se expresan las normas internacionales del trabajo. La diferencia básica entre ambos radica en que el convenio está abierto a la ratificación de un Estado Miembro, acto que crea para éste obligaciones jurídicas internacionales relativas a su aplicación y cumplimiento. Una recomendación no puede ser ratificada y constituye sólo una guía para una acción nacional en la materia cubierta por este instrumento [...]. (Von Potobsky & Bartolomei De la Cruz, 2002).

Considero que la redacción actual del artículo 35, modificado con la Reforma Procesal Laboral, positiviza el criterio emitido por la Sala Constitucional en el voto antes citado, y ambos, el artículo 35 y el voto 2170-93 de la Sala Constitucional utilizaron como guía la recomendación número 166 de la Organización Internacional del Trabajo.

Luego de la emisión de la sentencia constitucional, el tema fue abordado en múltiples oportunidades por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, la cual estableció una guía o un parámetro jurisprudencial claramente definido. Por ejemplo, acerca del principio de causalidad y contenido de la carta de despido, ha señalado:

Esta Sala ha manifestado de manera reiterada, en atención al principio de causalidad, que la parte patronal no puede, en el proceso laboral, sustituir o ampliar los hechos expuestos en la carta de despido; como tampoco resulta válido alegar en el proceso judicial faltas distintas, ni siquiera concomitantes omitidas involuntariamente en la carta de despido […]. (Voto 838, 2014)[1].

También se ha delineado por la vía jurisprudencial que resulta insuficiente con la entrega de la carta de despido a la persona trabajadora y su posterior aportación a la sede judicial. Si existe contención, se requiere que, en vía judicial, se demuestren los hechos especificados en el certificado o la carta de despido. En este sentido, el tribunal de mayor

jerarquía en materia laboral en nuestro país indicó:

> No es suficiente que la carta de despido haya sido aportada al expediente para tener por acreditadas las causales detalladas en esta. Su obligación procesal era demostrar a través de pruebas pertinentes, las faltas endilgadas al trabajador en ese documento […]. (Voto 1613-17, 2017).

Después de la emisión del voto del tribunal constitucional, la posterior aplicación y la interpretación del artículo 35 del Código de Trabajo por parte de los tribunales de justicia de la jurisdicción laboral, especialmente por los pronunciamientos de la Sala Segunda de la Corte, y las consecuencias jurídicas derivadas de esa interpretación cobraron notoriedad al momento de despedir a una persona trabajadora, porque se obligó al patrono a demostrar en sede judicial los hechos enunciados en la carta de despido.

Pese a ello, algunos juristas nacionales consideran que la guía jurisprudencial era insuficiente para resolver algunos problemas, cuando el patrono no entregaba la carta al momento del despido.

La interrogante surgía al plantearse cuál era la consecuencia jurídica para el patrono y para la persona trabajadora cuando no le entregaban el citado certificado y cómo se afectaba el derecho de defensa en sede judicial de la persona trabajadora.

> *En este aspecto, el desarrollo jurisprudencial no fue durante estos casi 25 años, el más afortunado y técnico. En los procesos judiciales en los que se discutía el tema de la carta de despido, no se definían de forma concreta los efectos o consecuencias de tal incumplimiento, con lo cual, la tutela efectiva quedaba vaciada de contenido al no dársele los efectos correctos [...]. (Vega Robert, 2017).*

II. Modificación al artículo 35 del Código de Trabajo introducida por la Ley 9343

Actualmente el numeral 35 ibidem dispone:

> *A la expiración de todo contrato de trabajo, la parte empleadora, a solicitud del trabajador o trabajadora, deberá darle un certificado que exprese:*
>
> *a) La fecha de su entrada y de su salida.*
>
> *b) La clase de trabajo ejecutado.*
>
> *Si el trabajador o trabajadora lo desea, el certificado determinará también:*
>
> *c) La manera como trabajó.*
>
> *d) Las causas del retiro o de la cesación del contrato.*

Si la expiración del contrato obedece a la destitución por una falta atribuida a la persona trabajadora, la entrega de la carta de despido será obligatoria. En ella se deben describir, de forma puntual, detallada y clara, el hecho o los hechos en que se funda el despido. La entrega se hará personalmente en el acto del despido y deberá documentarse el recibido. Si el trabajador o la trabajadora se niega a recibirla, la parte empleadora deberá entregarla a la oficina del Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social de la localidad y, si esta no existe, se entregará o enviará a la oficina más cercana de ese ministerio por correo certificado, lo cual se deberá realizar a más tardar dentro de los diez días naturales siguientes al despido. Los hechos causales señalados en la carta de despido serán los únicos que se puedan alegar judicialmente, si se presenta contención.

La redacción de la norma contempla dos supuestos fácticos:

1) Cuando al finalizar la relación laboral, el trabajador o la trabajadora solicite a la persona empleadora el certificado, este deberá indicar los requisitos enunciados en los incisos a) al d). Bajo este supuesto, queda a decisión o discreción de la persona trabajadora solicitar el certificado. De esta manera, si la persona trabajadora no lo solicita, el patrono no está obligado a emitirlo. Bajo este supuesto, la normativa cumple con una función:

> *[…] la norma cumple con el principio de otorgar un certificado de trabajo en el que se consignen datos importantes para el futuro del trabajador despedido. Cuando se presenta la renuncia o un despido con responsabilidad patronal, la certificación es importante en la medida que está indicando aspectos importantes que debe acreditar ante su futuro empleador y que forman parte de su currículo vitae [...]. (Jaramillo Arango, 2017).*

El otro supuesto de la normativa es cuando el patrono decide en forma unilateral dar por rota la relación laboral, atribuyéndole una falta o causal de despido a la persona trabajadora. Estamos en presencia de un despido sin responsabilidad patronal.

En este supuesto, la entrega del certificado de despido resulta obligatoria. La normativa guarda concordancia con lo señalado en la recomendación número 166 de la Organización Internacional de Trabajo sobre la terminación de la relación de trabajo. (En este sentido, se puede consultar el párrafo 13 del numeral 1 de la citada recomendación).

> *[…] Lo que se busca es resguardar la tutela de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras que son despedidas en forma arbitraria y con violación de su derecho jurídica y efectiva. Toda persona despedida tiene el derecho de conocer previamente los motivos o razones en las cuales se fundamenta la decisión patronal de separarla, mediante certificado o carta de despido. Tal documento le permite ejercer el derecho de acción sin limitaciones de ningún tipo, al activar los mecanismos jurisdiccionales [...]. (Jaramillo Arango, 2017).*

Si bien es cierto, la normativa establece la obligación de entregar la carta de forma personal, en el acto de despido, y que la persona trabajadora documente el recibido, asimismo establece que, en caso de negativa de la persona trabajadora a recibirla, la parte empleadora tiene la obligación de entregarla al Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social del lugar de trabajo, y si ahí no existe esa dependencia, a la oficina más cercana de ese ministerio en el plazo de diez días naturales al despido.

Pero la nueva regulación contiene una omisión similar a la versión anterior. ¿Cuál es la consecuencia jurídica, si el patrono no entrega la carta de despido a la persona trabajadora en forma personal, ni al Ministerio de Trabajo en el plazo concedido por ley? Esa omisión debe ser resuelta por la vía de la interpretación judicial, especialmente por la jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Al momento de la redacción de este artículo, no existía un pronunciamiento en este sentido.
Considero que esa normativa debe interpretarse en forma armónica con los numerales 478, inciso 5) y 500 del Código de Trabajo reformado. El primer artículo consagra normativamente el desarrollo jurisprudencial y doctrinario sobre la redistribución de las cargas probatorias en materia laboral.

De esta forma, le corresponde al patrono la carga de la prueba, respecto a la entrega de la carta de despido a la persona trabajadora. El artículo 500 establece los requisitos formales que debe contener el escrito de contestación de la demanda y de la contrademanda. Uno de esos requisitos respecto al escrito de contestación es que solo los indicados en la carta de despido podrán alegar como hechos justificantes de la destitución.

Realizando una lectura integral de estos artículos (35, 478, inciso 5) y 500), considero que si la parte empleadora no entrega la carta de despido a la persona trabajadora, ni al Ministerio de Trabajo, entonces no puede aportarla en sede judicial, ni puede invocar hechos justificantes del despido en el escrito de contestación de demanda.

Por ejemplo, en la legislación española, el Estatuto de los Trabajadores dispone en el artículo 55.1, inciso 4, párrafo segundo de ese numeral:

> *El despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos […]*
> *Inciso 4 párrafo segundo: Será improcedente en caso contrario o cuando en su forma no se ajustara a lo establecido en el apartado 1 de este artículo [...]. (Estatuto de los Trabajadores, 2018).*

Siguiendo el lineamiento de la legislación española, el despido sería improcedente o ilegal, y el patrono debería cancelar los rubros del preaviso, el auxilio de cesantía y la indemnización de daños y perjuicios contemplados en el artículo 82 del Código de Trabajo, si fueron expresamente reclamados. Permitirle al empleador probar la causal de despido en sede judicial, a pesar de la inexistencia de una carta de despido o en el supuesto de que la carta de despido no fue entregada en los términos del numeral 35 de comentario, sería dejar en estado de indefensión a la persona trabajadora y cohonestar una actuación ilegal del empleador (quien incumplió su obligación de entregar la carta de despido).

III. Otras posibilidades o vías interpretativas

En los diferentes talleres de capacitación donde tuve la oportunidad de participar como facilitador de la Reforma Laboral a lo largo del país, varios estimados colegas (jueces y juezas) consideraron admisible la posibilidad de un despido verbal y, por ende, consideraron que la admisión de prueba en sede judicial era pertinente para acreditar la causal de despido. Estimaron que negarles esa posibilidad sería vulnerar el derecho de defensa del empleador y dejarlo en un estado de indefensión. También señalaron que, en diferentes situaciones, un patrono podía carecer de escolaridad y no estaría en condiciones de redactar un documento de despido.

Sin embargo, respeto y disiento de esas interpretaciones porque sería seguir en la misma situación interpretativa que existía antes de la Reforma, haciendo caso omiso de la modificación al artículo 35 y de lo dispuesto en el numeral 500 del Código de Trabajo. Además, desde mi punto de vista, se estaría dejando en estado de indefensión a la parte débil de la relación laboral (la persona trabajadora) quien sería despedida, sin tener documentadas las razones o sin siquiera saber cuáles fueron. Y luego, en sede judicial, se entera de los hechos del despido y de la prueba en su contra.

El jurista nacional y exmagistrado de la Sala Segunda, don Rolando Vega, manifiesta otra posibilidad:

> *[...] el artículo 489 del Código de Trabajo permite solicitarle al juez, antes de iniciar el proceso la aplicación de medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar los derechos de las partes, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. Frente a este supuesto, el juez tiene amplias facultades para disponer de forma prudencial, todas las medidas dentro de los límites de la racionalidad y proporcionalidad para adoptar las medidas necesarias para la preservación del ejercicio de un futuro derecho por parte del trabajador […]. (Vega Robert, 2017).*

De igual manera, se respeta esta interpretación, pero también le impone una carga procesal a la persona trabajadora, quien, a pesar de que fue despedida, y el patrono incumplió con una obligación legal, debe acudir a la tutela cautelar

y quedar sujeta al prudente arbitrio del personal juzgador respecto a cuál medida cautelar se debe otorgar o, eventualmente, le podrían denegar tal solicitud. Esa decisión tiene recurso de apelación (el rechazo de medida cautelar), y la persona trabajadora debería esperar el tiempo de respuesta del tribunal de apelación respectivo, el cual puede ser de varios meses.

Conclusión

La modificación al artículo 35 del Código de Trabajo impuesta por la Ley N.º 9343 estableció la obligatoriedad de la persona empleadora de documentar y consignar las razones claras y precisas de un despido sin responsabilidad patronal. Asimismo, impuso como obligación entregar el certificado de despido a la persona trabajadora personalmente o ante el Ministerio de Trabajo en el plazo de diez días naturales, si la persona trabajadora se niega a recibirla.

Pero el legislador no estableció la consecuencia jurídica en caso de omisión. De mi parte propongo que, en caso de omisión de la carta de despido, la consecuencia sería declarar nulo o improcedente el despido, sin necesidad de recibir pruebas respecto a la causal de despido. También se plantean otras posibilidades de interpretación para que el operador jurídico, especialmente el personal juzgador, se decante por alguna de ellas o cualquier otra, pero fundamentando su decisión. Quedamos a la espera de que la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia o eventualmente los tribunales de apelación definan un lineamiento jurisprudencial.

Referencias bibliográficas

Código de Trabajo, Ley Nº 2 del 26 de agosto de 1943.

Estatuto de los Trabajadores. (2018). Estatuto de los trabajadores. Obtenido del Estatuto de los Trabajadores: httpss/www.estatutodelostrabajadores.com (10 de abril).

Jaramillo Arango, I. (2017). Memorias VII. Congreso de Derecho Procesal. La carta de despido-nueva regulación y su impacto sobre el proceso. San José, Costa Rica: Jurídica Faro. Julio.

Voto 2170-93, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de las 10:12 hrs. del 21 de mayo de 1993.

Voto 838-14, Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de las 10:05 hrs. del 27 de agosto de 2014.

Voto 1613-2017, Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia 10:30 hrs. del 12 de octubre de 2017.

Vega Robert, R. (2 de Octubre de 2017). Reflexiones sobre la carta de despido. Extra.

Von Potobsky, G., & Bartolomei de la Cruz, H. (2002). La Organización Internacional del Trabajo. Buenos Aires: Astrea.

Notas al final

1 En sentido similar, consultar los votos número 956-2015 de las 10:20 hrs. del 4 de septiembre de 2015 y el número 301-2013 de las 9:30 hrs. del 2013, ambos de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 125, págs 187-192 ISSN 2215-2385 / diciembre 2018

LEGISLACIÓN RELACIONADA A LOS DERECHOS DE LAS MUJERES VERSUS CRECIMIENTO DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN COSTA RICA

*M.Sc. Maricruz Hidalgo Madrigal**
mhidalgoma@poder-judicial.go.cr

Recibido 30 julio 2018 **Aprobado 16 agosto 2018**

RESUMEN

El presente artículo analiza algunos de los institutos legislativos vigentes en Costa Rica que tutelan los derechos de las mujeres y que contemplan sanciones por las acciones que violentan estos derechos. La incursión en esta legislación determina que la norma es indispensable; pero el modo en que se proyecta a la sociedad es aún más importante, ya que su efectividad se hace práctica y se realiza su misión.

PALABRAS CLAVE:

Derechos, mujeres, sancionar, igualdad, protección, justicia, salud, educación, vida, norma, misión.

ABSTRACT

This article analyzes some of the current legislative institutes in Costa Rica that protect the rights of women and that contemplate sanctions for actions that violate these rights. The incursion in this legislation determines that the norm is indispensable; but the way in which it is projected to society is even more important, since its effectiveness becomes practical and its mission is realized.

KEY WORDS:

Right, women, sanction, equality, protection, justice, health, education, lifetime, rule, mission.

---

* Bachiller en Ciencias Criminológicas. Universidad Estatal a Distancia. Magister en Criminología, Universidad Estatal a Distancia.

INTRODUCCIÓN

En la historia de la humanidad, se han escrito con tinta de sangre luchas dirigidas por mujeres valientes que tuvieron la visión de un futuro con igualdad de oportunidades y derechos que los hombres. Entre las mujeres, se citan algunas: Elizabeth Cadí Stanton, las obreras textileras de la fábrica de algodón de Nueva York, Clara Zetkyn, Georgina Fletcher y Cleotilde García, las cuales son una pequeña muestra de la gran cantidad de mujeres que sacrificaron sus familias y sus vidas por lograr nuevos derechos, por obtener un lugar reconocido en la sociedad como mujeres, por ejercer el derecho al voto, lograr condiciones laborales dignas, disponer del derecho a la propiedad, de la custodia de los hijos y las hijas y darle valor a su palabra como testigos, entre otras luchas más.

Quizás como emblema a estas múltiples luchas, en 1975, la Organización de las Naciones Unidas declaró el ocho de marzo como el Día Internacional de la Mujer. Este día desempolva ese impulso que cada mujer ha tenido a través de la historia para salir a las calles y ser escuchada proclamando su lugar en la sociedad y exigiendo un trato en igualdad de condiciones que a los hombres.

De esta forma, el ocho de marzo se convirtió en un día para inclinarnos hacia la mujer costarricense que no tiene las herramientas idóneas para defenderse de las agresiones físicas, morales, psicológicas y económicas, y que ha obtenido hoy para ser reconocida con el sustantivo de víctima. Actualmente existe en nuestro ordenamiento jurídico un número importante de títulos normativos relacionados al género, tanto así que se clasifican de acuerdo con su aplicación, cabe mencionar entre ellos para el sector laboral: microempresa, salud, trabajo, licencia de maternidad, hora de lactancia, entre otras, educación, violencia, aunque tal separación no la exime de aplicarla en forma conjunta.

Todos estos avances se reflejan en nuestra sociedad: tenemos más mujeres profesionales, proveedoras en el núcleo familiar, que realizan tareas que antes eran asignadas solo a los hombres. Encontramos mujeres en al ámbito de la política nacional e internacional, las cuales son escuchadas y seguidas por grupos de poder, por ejemplo: la comunicación, la economía, la música, el arte, entre otras áreas.

Esta ponencia pretende resaltar que hoy la mujer tiene logros trascendentales que le han permitido posicionarse al lado del hombre, que se encuentra amparada por instrumentos jurídicos nacionales e internacionales que protegen sus derechos, los cuales la representan y le brindan los insumos necesarios para no ser sujetas de ninguna forma de discriminación y para que de alguna manera le restituyan los derechos que le han sido transgredidos.

A pesar de la buena intención del legislador, Costa Rica muestra importantes índices de violencia contra la mujer que se reflejan en femicidios, agresiones físicas, psicológicas, morales y económicas. Esta situación establece una interrogante ¿por qué si existe legislación contra la violencia contra la mujer, esta va en aumento? Esta es la pregunta que mediante este artículo se pretende responder, y es que no solo se trata de violencia física, moral o psicológica o cualquier otra que establezca la ley y que sea ejecutada por el hombre, sino que esta mutilación de derechos que actualmente la mujer recibe en nuestra sociedad proviene también de otras mujeres; en ocasiones, de su misma familia, circunstancia que no solo daña la parte física, sino también afecta el fuero interno, su esencia natural de ser humano.

DESARROLLO

Sobre este aspecto, Costa Rica ha tomado importantes iniciativas preventivas, sancionatorias y restituidas en el tema de la violencia contra la mujer. Existen varios instrumentos que prueban este argumento, tales como la promulgación de Ley contra la Violencia Doméstica, N.º 7586, la Ley de Penalización de la

Violencia contra la Mujer N.º 8584, la Aprobación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en 1995, la declaratoria del veinticinco de noviembre como Día Nacional de la No Violencia Contra las Mujeres, mediante el Decreto N.º 25645-MP, entre otros.

En general, esta normativa comparte la preocupación por erradicar la violencia contra la mujer, el reconocimiento de esta como sujeta de derechos y garantías que le permitan gozar de calidad de vida y de cada uno de los derechos que le han sido otorgados, tal y como nuestra Constitución Política lo estipula en el artículo 51:

> *La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido.*

Queda claro que el Estado es el primer llamado a impulsar todo el orden jurídico con el fin, de establecer los mecanismo necesarios para garantizar esa protección que ofrecen a a las personas que componen la sociedad que representa. Pero esos implementos legales en relación con el tema que tratamos no deben ser solo conmemorativos, sancionatorios o restitutivos, deben conformarse estructuras, planes que no permitan que surja algún tipo de lesión al bien jurídico. Fiel reflejo de este interés social se encuentra en los considerandos 1 y 2 del Decreto N.º 25645 del 22 de noviembre de 1996, los cuales al respecto señalan:

> *1°-Que la violencia contra las mujeres constituye en Costa Rica, al igual que en muchos otros países del mundo, uno de los principales obstáculos que estas enfrentan para el desarrollo integral de sus potencialidades y su plena incorporación a la vida social.*
>
> *2°-Que por su impacto y secuela en la sociedad, la violencia intrafamiliar, primordialmente la violencia contra las mujeres, es considerada un problema de salud pública y una grave violación a los derechos humanos.*

Puede observarse cómo la violencia contra las mujeres se ha convertido en una brecha negativa que limita el desarrollo de cada una, convirtiéndola en una víctima, a veces silenciosa, lo cual es un presupuesto gravísimo al arrancarle los insumos necesarios para educar y ser motivadora de otras mujeres que, en la mayoría de casos, están a su cargo, como lo son sus hijas, nietas, sobrinas, entre otras.

Tanto así, que se considera un "problema de salud pública", concepto que nos deja perplejos dado que, en numerosas ocasiones de violencia contra la mujer, graficados en femicidios, llegan a conocimiento de las autoridades competentes cuando ya es tarde y cuando ya solo pasan a ser parte de las estadísticas y del asombro momentáneo de la mayoría.

Ante esta particularidad, nace la motivación de este artículo. Hay una larga lista de leyes, reglamentos, convenciones que promocionan la erradicación de la violencia contra la mujer. Ninguna persona está de acuerdo con la violencia en ninguna de sus manifestaciones; pero día a día se dan muchos casos de violencia en el seno de los hogares costarricenses, algunos se han hecho públicos, pero otros y, sin duda, en una mayoría permanecen silenciosos, ante lo cual es fácil determinar que "algo" está fallando, alguna pieza de este enorme rompecabezas social no es la adecuada o simplemente no se encuentra.

Con el fin de profundizar esta inquietud, respecto a la perspectiva de género, Ronald Lin Ching Céspedes establece:

> *El marco referencial de una patriarcal que él confirió a la mujer una posición abierta y hasta sutilmente discriminatoria se ha desenmascarando. Las concepciones dicotómicas" hombre fuerte y mujer débil",*

> *"hombre inteligente, mujer no" ha ido desapareciendo con la incorporación de la mujer al mundo laboral no invisibilizado y, desde entonces, la ruptura de las estructuras sociales de dominación del hombre han permitido las comprensión de un verdadero principio de igualdad real […] (p. 172).*

Este cambio de paradigma significó para la mujer ganar una posición al lado del hombre; pero esta transformación no ha sido equitativa para muchas mujeres, la proyección de esta transición debe acompañarse de otros presupuestos, y quizás el más importante es estar seguras de querer hacerlo y ser conscientes de su significado.

La cita anterior es clara al indicar la ruptura social, cesando al hombre de su posición dominante y estableciéndose la igualdad real; pero ¿es esa la igualdad que se vive en las familias de Costa Rica? ¿Ha renunciado el hombre a su estatus dominante? ¿Cuenta la mujer con las herramientas necesarias para establecer esa igualdad en su hogar cuando muchas de ellas no son profesionales? ¿No cuentan con algún tipo de acompañamiento comunitario que les permita comprender sus derechos y la manera correcta de llevarlos a la práctica? Debe considerarse que, si existe esa fuente garantista, también debe darse la orientación para activar esa norma.

Este cambio de paradigma ha beneficiado a muchas mujeres y, dentro de ese mismo porcentaje, muchas no han logrado ver realizadas sus metas personales porque en la cultura costarricense predominan ideas machistas, concepciones que deben ser erradicadas con la educación, la información y el fortalecimiento de la voluntad de cada una de las mujeres para convertirse en personas fuertes y seguras de que nuestro ordenamiento jurídico tiene mucho para dar, pero que debe ser activado antes de las infracciones hasta obtener una sentencia y no esperar la consumación de una acto criminal que acabe con la vida de una mujer.

Ante una sociedad cambiante donde proliferan múltiples escenarios, Costa Rica no puede permanecer ajena a la paralela criminalidad emergente, en el caso particular, relacionada a la violencia contra la mujer, Braulio Espinoza Mondragón (p. 267) establece un modelo de prevención del delito, entre ellos cita la prevención comunitaria, la familia, la policía y la educación, presupuestos que no son extraños para el tema de lucha contra el crimen en nuestro país, además de disponer de todos ellos de forma directa.

A continuación, se establece una pequeña proyección de cada uno de estos elementos indicados por Espinoza:

> *Prevención Comunitaria: Es importante tomar en cuenta que la participación ciudadana no es más que un aspecto de la necesaria concepción global de la prevención, vinculada a la satisfacción de las necesidades de sobrevivencia, nutrición, libertad y crecimiento espiritual y corporal.*
>
> *El objeto es mejor la salud o el desarrollo cognoscitivo del núcleo familiar, procurando la disminución de los maltratos y abusos en su perjuicio*
>
> *Paralelamente a las actividades propias del quehacer policial de cada sector se entrevista con las autoridades locales y con los líderes comunales con el fin de organizar y desarrollar programas de recreación y deporte tendientes a la prevención social del delito […]*
>
> *La educación hemos dicho, es la principal manera de alcanzar mayores niveles de cohesión social.*

En conjunto, estos presupuestos constituyen una oportunidad para aniquilar la violencia contra la mujer. Se encontraría una disminución de este tipo de acciones violentas y se hallaría a

mujeres fuertes e independientes, dispuestas a gozar de sus derechos y oportunidades sociales, si encuentran además el apoyo necesario en la familia, la Policía y en la sociedad.

CONCLUSIONES

Cabe destacar que, mediante el documento de la Aprobación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención Belem Do Para" (artículo 1), se ha establecido respecto a la problemática de la violencia contra la mujer que:

> *[…] la violencia contra la mujer trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases; CONVENCIDOS de que la eliminación de la violencia contra la mujer es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida, […].*

En tal supuesto, disminuir los actos de violencia contra la mujer conlleva implementar acciones dirigidas a la totalidad de la población. Este cambio de paradigma le otorga a la mujer una posición de igualdad. Así el hombre como tal debe armarse de las herramientas que le permitan aceptar a la mujer con todos sus derechos inherentes a su condición de mujer, a observarla y apoyarla en el aprovechamiento de la oportunidades que le brinda la sociedad, sin ser discriminada o manipulada.

Es hora de que cada persona comprenda que sus pretensiones personales no dependen de otras personas, sino de cada uno, que no se debe asesinar a una mujer porque es bonita, porque es inteligente o porque está dispuesta a llorar por cosas que para otras son insignificantes, porque ha decidido ser madre o simplemente ser feliz.
Esta proyección debe extenderse a todos nosotros en esta sociedad. Debe implementarse el empoderamiento consciente de denunciar, de dar apoyo, de involucrarse en situaciones de esta naturaleza. Si no contamos con la disposición personal, debemos recurrir a los departamentos competentes para que estos activen los protocolos establecidos para estas situaciones emergentes.

La importancia de estos elementos se destaca en los casos de denuncias de violencia contra la mujer que no llegaron a sentencia debido a varios factores, entre ellos tiene gran importancia el enunciado en el periódico *La Nación* (27 de junio de 2017) donde se destaca la siguiente nota:

> *La dificultad que se tiene es porque los hechos se dan dentro de la vivienda, en la intimidad, y la víctima normalmente no quiere denunciar. En los casos en que logramos que declare, al momento del juicio se acogen al derecho de abstención, que es el derecho que tienen de no declarar en contra de su familia, y hasta ahí llegó el proceso.*

El aporte brindado por Susana Pineda de la Fiscalía de Género establece que la activación del derecho de abstención que asiste la víctima se ha convertido en una de las causas por las que los procesos judiciales son archivados, ya que, en muchas ocasiones, es impulsado por el miedo, por la dependencia económica y emocional de la víctima con su agresor, limitando de esta forma la injerencia del órgano jurídico en el proceso investigado.

Además, se indica:

> *Por su parte, Doris Arias, presidenta de la Sala de Casación Penal y coordinadora de la Comisión de Género del Poder Judicial, manifestó: "No podemos menospreciar a la víctima, quien, a final de cuentas, tiene la capacidad de decidir lo que quiere hacer, pero hay que trabajar, porque no podemos permitir que sigan muriendo mujeres, madres".*

Por consiguiente, la igualdad real que se pretende establecer entre géneros es muy distante a la realidad de muchas mujeres costarricenses. La importancia de cultivar el empoderamiento positivo es vital para que esta igualdad no solo quede plasmada en la intención del legislador; es necesario que la mujer se reconozca como tal y, de esta forma, que las estadísticas cambien en favor de la justicia y la defensa de los derechos de las mujeres.

Las fechas de celebración que se han mencionado en este artículo son importantes. Cada celebración debe ir acompañada de comunicaciones que lleguen hasta donde están las víctimas de violencia. Esas fechas no debe quedarse en el reconocimiento, hoy no existe la necesidad de luchar por el derecho al voto, pero sí existen otros derechos que deben ser defendidos y llevados a la práctica. Entre ellos pueden mencionarse el acceso a las oportunidades laborales, las instituciones en lugares de difícil acceso que acojan a los y las menores mientras las mujeres madres puedan ir a estudiar o trabajar, oportunidad de recibir capacitación especializada en algún oficio que les permitan obtener un salario y garantías sociales.

Estos derechos no deben encaminarse a desmembrar el núcleo familiar, al contrario, deben fomentarse para la unión, para el crecimiento personal y, con ello, educar a los hijos e hijas con valores y principios, algunas veces olvidados.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Chaves R, K. (27 de junio de 2017). 77% de denuncias de violencia contra mujeres termina sin sentencia. *La Nación.* (Accedido: 11 de abril de 2018). Recuperado: https://www.nacion.com/sucesos/judiciales/77-de-denuncias-de-violencia-contra-mujeres-termina-sin-sentencia/GKA6O5IWWBDKBML5LVR6RT3EOE/story/

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención Belem Do Para. Artículo 1. (Accedido: 11 de abril de 2018). Recuperado: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=24602&strTipM=TC

Constitución Política de Costa Rica. Artículo 51. (Accedido: 11 de abril de 2018). Recuperado: http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=871&strTipM=TC

Declara 25 de noviembre como Día Nacional de la No Violencia contra las Mujeres, n.° 25645-MP. (Accedido: 11 de abril de 2018). Recuperado: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=61301&nValor3=69549&strTipM=TC

Lin Ching Céspedes, R. (n. i.). *Psicología forense*. Costa Rica: UNED.

LLobet Rodríguez, J. and Durán Chavarría, D. (2010). *Política criminal en el Estado social de derecho.* 1st. ed. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 125, págs 193-201 ISSN 2215-2385 / diciembre 2018

LA CONFESIÓN JUDICIAL DE CARA A LA REFORMA PROCESAL LABORAL

*Licda. Aura Lisseth Cedeño Yanes**
acedeno40@gmail.com

Recibido 9 agosto 2018 **Aprobado 16 agosto 2018**

RESUMEN

El siguiente artículo busca promover una reflexión respecto a la aplicación del medio probatorio de confesión de cara a las Reformas Procesal Civil y Laboral, ello ante los cambios sustanciales que se dieran en cuanto a la valoración probatoria, la eliminación de la figura de la confesión en la Reforma Procesal Civil y la falta de sustento jurídico de la confesión como medio de prueba que se mantuvo en la Reforma Procesal Laboral.

Palabras clave: *Confesional/ reforma procesal laboral.*

ABSTRACT

The following article seeks to promote a reflection on the application of the means of probative confession in the face of civil and labor procedural reforms, this in view of the substantial changes that occurred in terms of the evidentiary assessment, the elimination of the figure of confession in the civil procedural reform and the lack of legal sustenance of the confession as a means of proof that remained in the labor procedural reform.

Key words: *Confessional / labor reform.*

---

* Licenciada en derecho. Especialidad en Derecho Comercial por la Universidad de Costa Rica. Jueza Civil y de Trabajo de Liberia.

Después de más de 74 años, en los últimos meses, hemos experimentado cambios importantes en la aplicación del derecho laboral costarricense, ello obedece como todos y todas sabemos, a la Reforma Procesal Laboral, la cual ha sido fuente de distintos sentimientos para las personas dedicadas a la aplicación de esta rama tan importante del derecho.

Me atrevería a decir que uno de esos sentimientos es el miedo porque, sin duda alguna, han sido muchos los temores, en especial para las personas operadoras de justicia, al enfrentarnos a algo nuevo, como lo es una reforma que implementa de manera amplia nuestras propias normas procesales, dejando atrás en lo sustancial al procedimiento civil, el cual siempre fue aplicado de forma supletoria ante la limitada regulación procesal con la que se contaba.

Dicha reforma trae consigo muchas diferencias en el procedimiento, incluso cuestiones distintas a las que estábamos acostumbrados a aplicar en materia procesal civil, cuya reforma nos tomó por sorpresa y, ante la premura de su pronta vigencia, nos tomará mucho más tiempo concluir el proceso de adaptación, preparación y de internalización en relación con todos los cambios que se vislumbran, lo cual no dudo que lograremos con gran éxito.

Es bien sabido que, en estos momentos, no existe nada escrito en piedra, por ende, dependemos de las diferentes interpretaciones que las personas juzgadoras realicen, abocando a su dinamismo y practicidad en cuanto a la aplicación de las normas, así como la ideación de procedimientos que nos el artículo 428 del Código de Trabajo[1] permite cuando ello sea procedente. Además nos vemos obligados en la importante labor de valoración de prueba, de la cual me gustaría centrar esta reflexión. Sin embargo, dada la amplitud de elementos probatorios, me centraré en los cambios a los que nos enfrentamos en la Reforma Procesal Laboral y que tendremos que asumir una vez vigente la Reforma Procesal Civil -*la cual continúa siendo una norma de aplicación supletoria en materia laboral tal como lo dispone el numeral 428 del* Código de Trabajo antes citado-, respecto a la prueba confesional.

Prueba confesional

En materia laboral, la prueba confesional se encuentra regulada como un medio probatorio dentro de la taxatividad del numeral 479[2] del Código de Trabajo, específicamente en el inciso 9). No obstante, dicha prueba encuentra sustento en el numeral 338[3] del Código Procesal Civil, en tanto se concibe como un elemento probatorio sobre hechos personales contrarios a los intereses de quien rinde confesión y favorables a la parte adversaria, y así ha sido sostenido inclusive doctrinariamente[3], por lo que en principio se entendería lógico el deber de admitir o valorar en sentencia únicamente las declaraciones contrarias a los intereses de la parte confesante y desechar las que no le generen perjuicio, aspecto que pareciera ser constantemente aplicado por muchas personas juzgadoras.

Pero encontramos una imposibilidad en la norma respecto a separar o dividir la confesión para efectos de valoración probatoria, en virtud de que el artículo 340[4] del Código Procesal Civil nos indica claramente la indivisibilidad de la confesión judicial[5], lo cual, para efectos prácticos, nos limita en tanto no sería correcto jurídicamente hablando, valorar parcialmente la declaración vertida.

Al respecto Jorge Olaso, en su libro titulado *La prueba en materia civil*, sostiene que efectivamente la declaración de la parte confesante debe ser valorada en su totalidad, es decir, en tanto su declaración le favorezca y le perjudique[6].

Por su parte, González Francisco en su libro titulado *Los medios de prueba en el proceso laboral*, refiere que no es lícito fragmentar la prueba confesional al aceptarse los términos de lo que perjudica a la parte confesante y rechazarla en cuanto le beneficie[7], precisamente porque es deber de las personas que operan justicia valorar

en su totalidad la prueba confesional, la cual incluso puede verse sobre hechos que favorezcan a la parte confesante, y debe valorarse en conjunto con todo el material probatorio arribado al proceso laboral; es decir, incluso esos aspectos podrían encontrar sustento o fundamento en otros elementos probatorios y, por esa razón, no debe dividirse.

Aclarado lo anterior, es posible que muchas personas se hayan cuestionado que la confesión constituye un medio probatorio que, hasta la fecha en un porcentaje importante de los procesos laborales, no reviste gran utilidad para la resolución de los casos, y esto obedece al limitado aporte que brinda para acreditar los hechos de la demanda, en virtud de que esta debe ser apreciada a la luz de los aspectos que le sean desfavorables a la parte que rinde confesión, y no puede ser dividida o fragmentada a la hora de la valoración.

Sin embargo, considero que dicha probanza no es inútil para acreditar hechos de la demanda o contestación, sino que nos encontramos ante un mal manejo de dicho medio de prueba. Esa mala utilización tiene su génesis en la pobre técnica de litigio de algunos profesionales que ejercen la liberalidad de la profesión como litigantes.

Para nadie es un secreto que, en los procesos laborales, en muchas ocasiones, existen técnicas de litigio muy pobres en tanto se solicita prueba confesional de la parte adversaria sin explotar adecuadamente las bondades de la confesión judicial; es decir, se realizan interrogatorios sobre aspectos que son negados desde un inicio por la parte contraria.

Es claro que si uno o más hechos de la demanda o contestación han sido rechazados, si se interroga sobre estos, posiblemente serían rechazados nuevamente, ya que si no se hace, pondría a la parte confesante en una situación de incredulidad al existir contradicciones en sus manifestaciones, y lo adecuado es que las personas que litigan desarrollen técnicas efectivas de litigio y formulen interrogatorios que busquen no la afirmación de hechos que se han negado, sino que pongan en duda la veracidad de los hechos o manifestaciones de quien confiesa o que, según el caso, le resten credibilidad, por lo que todo depende no solo del contenido del interrogatorio, sino también de la formulación misma de las preguntas a realizar. No obstante, ello depende en mayor medida de la preparación en técnicas de litigio, de persuasión, de análisis y de aprovechamiento con las que se cuente, ya que dicha probanza podría ser muy efectiva si se explota adecuadamente.

Pero se ha evidenciado, con el paso del tiempo, que la confesión, como medio probatorio, se encuentra quizá desfasada ante las corrientes doctrinales y normativas en torno a la Reforma Procesal Civil, donde se apuesta a la utilización de un único medio de prueba denominado declaración de parte, el cual es visto como un medio que abarca de algún modo, no solo los hechos personales de quien rinde confesión, sino también los hechos de terceros o, mejor dicho, los que no le son personales, según se analizará más adelante.

Mediante el voto 2005-07987 de las 14:54 hrs. del 22 de junio de 2005[6], la Sala Constitucional indicó que la confesión debía provocar un perjuicio a la parte confesante, incluso indicó la imposibilidad de la persona juzgadora de obligar a la persona confesante a declarar, y ello obedece precisamente porque lo confesado podría ser contrario a sus intereses.

Por su parte, como órgano de casación en materia laboral, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha resuelto en diversos votos sobre la aplicación y valoración de la confesión en los procesos laborales, en cuanto a la valoración de este. A modo de referencia, resulta interesante destacar los siguientes: voto número 2014-001218 de las 09:45 hrs. del 19 de diciembre de 2014[7]; número 2013-000258 de las 10:05 hrs. del 13 de marzo de 2013[8]; número 2010-001419 de las 10:42 hrs. del 27 de octubre de 2010[9].

materia laboral la prueba se apreciará en conciencia, sin sujeción a las reglas del Derecho común, en aplicación de las reglas de la sana crítica, esta Sala ha reiterado el criterio de que la confesión únicamente prueba en contra de quien la hace y no a su favor. En ese sentido, en la sentencia número 805, de las 9:55 horas del 31 de octubre de 2007 se indicó: "En lo que respecta a la prueba confesional, en aplicación de las reglas de la sana crítica debe concluirse que razonablemente la confesión de una de las partes prueba con relación a los hechos personales contrarios a los intereses del confesante y favorables a los de su adversario; caso contrario, estaríamos, brindándole valor probatorio a los hechos fundamento de su propia tesis en juicio. En consecuencia, debe entenderse que en el recurso se le ha pretendido brindar a la confesión del actor un alcance que no podría tener, al estimarse que los hechos referidos como ciertos por el confesante los cuales le benefician, tienen carácter probatorio, en contra de la parte demandada". (En igual sentido también puede consultarse la sentencia número 948, de las 10:20 horas del 7 de diciembre de 2007). Por consiguiente, lleva razón el recurrente cuando indica que no puede conferírsele a la confesión de los demandantes el valor probatorio otorgado por las instancias precedentes, pues la naturaleza misma de la confesión conlleva admitir hechos personales contrarios a los propios intereses y favorables a los del adversario. Sin embargo, lo anterior en nada varía lo resuelto tal y como se explicará en los siguientes considerandos debido a que existe también abundante prueba testimonial que respalda lo dicho por los actores". Voto 2013-000258 de las 10:05 hrs. del 13 de marzo de 2013 de la Sala Segunda.

En dichos votos, se ha sostenido que las respuestas a determinadas preguntas pueden ser apreciadas por la persona juzgadora como prueba de hechos desfavorables al declarante, independientemente de que existen otras respuestas del mismo interrogatorio que lo favorezcan; es decir, se ha admitido implícitamente la divisibilidad de dicho medio probatorio, pese a que la norma lo prohíbe. Además se ha expresado que dicha probanza tendría valor únicamente en contra de quien la hace y no a su favor, ya que de lo contrario, se brindaría valor probatorio a los hechos fundamento de su propia tesis en juicio.

Por su parte, la Sala Primera se apega al criterio doctrinario mediante el cual se tiene la prueba confesional como la especie del género de la declaración de las partes: se visualizan la confesión y el interrogatorio de parte como integrador o perteneciente a un género denominado declaración de parte y se comparte el criterio que el confesante no puede ser obligado a declarar en su contra. (Voto 000122-F-98 de las 14:15 horas del 27 de noviembre de 1988[10]).

Analizado lo anterior, conviene señalar que, si bien la Reforma Procesal Civil no incluye la confesión como medio probatorio dentro de la taxatividad del artículo 41.2[11], lo cierto es que la norma quedó muy amplia en tanto se indica en su inciso 7) "*[…] Cualquier otro no prohibido*", por lo que se estaría a mi parecer, ante un aspecto de interpretación al analizarse si ya dicho elemento probatorio no se considera como tal, ello devendría en una prohibición, lo cual no parece ser de ese modo, ya que en cuanto a prohibiciones, resultaría necesaria una norma expresa que así lo indique, lo que no sucede en este caso. Incluso se denota de dicha reforma que la confesión se visualiza como el género de la declaración de parte, y lo cierto es que, al menos en cuatro artículos, se utiliza el término confesión, pese a no estar regulado según se desprende de los artículos 50.2.2[12], 50.2.4[13], 111.2.4[14], 41.4.2, lo que supone que no es un medio de prueba prohibido.

Sin embargo, considerando la realidad actual, se entiende que, al menos en materia civil, se quiso dejar atrás la confesión como medio probatorio, probablemente porque resulta un medio probatorio desfasado y porque no es más que una especie de la declaración de parte y de ahí surge lo innecesario de mantener ambos medios de prueba.

Pero, ya que materia laboral, se mantuvo la confesión como un medio probatorio y que, a partir de la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Civil, desaparecería el fundamento o la definición jurídica de dicha probanza al perder vigencia los artículos 338 y 340 del actual Código Procesal Civil de 1989, por lo que debe analizarse con gran prudencia, ya que únicamente podrían ser prueba válida las aseveraciones que sean contrarias a los intereses de la parte confesante, mientras que las que le favorezcan no pueden ser consideradas para la resolución del proceso, precisamente porque si dicho análisis es distinto, se permitiría a la propia parte a constituir prueba a su favor.

No obstante, tal como se ha venido indicando, no es posible fragmentar el análisis de dicha probanza, es decir, no es posible dividir la valoración probatoria únicamente en torno a los aspectos desfavorables de la parte y proceder al desecho de los aspectos favorables, por lo que las personas juzgadoras deben analizar dicha probanza de forma total, siempre que se sustente con otros medios probatorios en cuanto a los aspectos no desfavorables para la parte.

Debemos recordar que la prueba confesional regulada actualmente en el artículo 338 del Código Procesal Civil nos permitirá mantener dicha línea hasta el 8 de octubre de 2018, ya que dispone el sustento y las condiciones que dicha probanza debe tener como lo es la posibilidad de llamar a la parte contraria sobre aspectos contrarios a sus intereses; es decir, dicha norma nos fija un norte o una línea a seguir. No obstante, en la reforma procesal civil Ley N.º 9342 del 3 de febrero de 2016, se elimina dicho medio probatorio dentro de la taxatividad de la norma en cuanto a los medios probatorios se trata, ya en ese momento tendremos en materia laboral que llenar el vacío normativo que existirá, posiblemente en otras fuentes del derecho como lo es la doctrina o la jurisprudencia, ya que nos quedaremos sin el sustento normativo para aplicar o valorar esa prueba.

Nótese que, en materia civil, se admitió una sustitución de la prueba confesional por la declaración de parte como medio probatorio actual más adecuado a nuestra realidad actual. Incluso, si se analizan las diferencias entre un medio probatorio y otro, podemos concretar que la confesión deviene en ritualista, formal y poco útil ante su inadecuada utilización y la poca explotación a dicha figura, mientras que la declaración de parte resulta ser flexible, amplia y busca la verdad más palpable en torno a las controversias judicializadas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jurisprudencia nacional

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José.
Sentencia n.º 2005-07987 de las catorce horas cincuenta y cuatro minutos del veintidós de junio de dos mil cinco.

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José. Sentencia n.º 000122-F-98 de las catorce horas y quince minutos del veintisiete de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José. Sentencia n.º 2014-001218 de las nueve horas y cuarenta y cinco minutos del diecinueve de diciembre de dos mil catorce.

SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José. Sentencia n.º 2013-000258 de las diez horas y cinco minutos del trece de marzo de dos mil trece.

SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José. Sentencia n.º 2010-001419 de las diez horas y cuarenta y dos minutos del veintisiete de octubre de dos mil diez.

Libros

González Díaz, Francisco A. (2005). *Los medios de prueba en el proceso laboral.* España: Editorial Aranzadi S. A., pp. 59 y 60.

Olaso Álvarez, Jorge. (2007). *La prueba en materia civil*. San José: Editorial Jurídica Continental, pp. 85, 90 y 99.

Normativa costarricense

Código de Trabajo (artículos 428 y 479). Código Procesal Civil (artículos 338 y 340).
Reforma Procesal Civil (artículos 41.2, 50.2.2, 50.2.4, 111.2.4 y 41.4.2).

Notas al final

1 Artículo 428 del Código de Trabajo: "La inexistencia de normas procesales expresamente previstas para un caso o situación concreta se llenará mediante la aplicación analógica de las otras disposiciones de este mismo Código y sus principios, en cuanto resulten compatibles. La legislación procesal civil y la procesal contencioso-administrativa, en los procesos contra el Estado y las instituciones, serán de aplicación supletoria, para llenar los vacíos normativos de este Código o para utilizar institutos procesales no regulados expresamente, que sea necesario aplicar para la tutela de los derechos de las partes y los fines del proceso, con la condición de que no contraríen el texto y los principios procesales de este título. En todo caso, si hubiera omisión acerca de la forma de proceder, los órganos de la jurisdicción laboral estarán autorizados para idear el procedimiento más conveniente, a fin de que pueda dictarse con prontitud la resolución que decida imparcialmente las pretensiones de las partes, con tal de que se les garantice a estas el debido proceso. En todo caso, se respetará la enunciación taxativa de los recursos hecha en este Código".

2 Artículo 479 del Código de Trabajo: "Puede ofrecerse todo medio probatorio que sirva a la convicción del tribunal, admisibles en derecho público y en derecho común, siempre que no esté expresamente prohibido ni sea contrario al orden público o a la moral. Particularmente, podrán ofrecerse los siguientes: […] 9) Confesión de la parte. Cuando se pida la declaración o la confesión de la parte, deberán indicarse, de manera concreta, los hechos sobre los cuales ha de interrogarse".

3 Artículo 338 del Código Procesal Civil: "La confesión judicial prueba plenamente contra quien la hace. Para que haya confesión es necesario que la declaración verse sobre hechos personales contrarios a los intereses del confesante y favorables al adversario. No vale como confesión la admisión de hechos relativos a derechos indisponibles".

3 A diferencia el interrogatorio, en la confesión se le pregunta al confesante acerca de hechos personales, por lo que es juramentado apercibiéndosele acerca del delito de perjurio. La confesión rendida ante el juzgador constituye plena prueba sobre los hechos desfavorables del que la rinda. El juzgador no puede dividir el resultado de la confesión. Olaso Álvarez, Jorge. (2007). La prueba en materia civil. San José: Editorial Jurídica Continental, p. 99.

4 Artículo 340 del Código Procesal Civil: "La confesión judicial es indivisible, pero el que la hiciere valer podrá combatir, por medio de toda clase de pruebas, con las limitaciones que la ley establece, las declaraciones que hacen parte de la confesión".

5 "Las respuestas a determinadas preguntas pueden ser apreciadas por el juzgador como prueba de hechos desfavorables al declarante, independientemente de que existan otras respuestas del mismo interrogatorio que lo favorezcan". Olaso Álvarez, Jorge. (2007). La prueba en materia civil. San José: Editorial Jurídica Continental, p. 85.

6 "la declaración del confesante debe ser valorada en su totalidad. No puede ser apreciada parcialmente en cuanto le favorece al proponente sino también en cuanto a lo que le desfavorece" Olaso Álvarez, Jorge. (2007). La prueba en materia civil. San José: Editorial Jurídica Continental, p. 90.

7 "La fuerza probatoria de la confesión se refiere al conjunto armónico de lo confesado, no a la estimación fragmentaria de las respuestas, no siendo lícito, por ende, aceptarla en lo que al confesante perjudica y rechazarla en lo que le favorezca". González Díaz, Francisco A. (2005). Los medios de prueba en el proceso laboral. España: Editorial Aranzadi S.A., pp. 59 y 60.

6 "La confesión es una de ellas y tiene relación con hechos personales que provocan un perjuicio a la parte que los confiesa; por lo demás, la declaración se refiere a la manifestación de hechos de la demanda que no tienen relación con hechos personales. En la confesión, la parte puede negarse a contestar. En la declaración, el Juez puede obligar a la parte a responder. El accionante argumenta de que la declaración de parte sería el único medio para demostrar un hecho mediante su propia declaración, sin embargo, estima la Sala que cuando la legislación no la admite no provoca una indefensión en el proceso civil". Voto 2005-07987 de las 14:54 hrs. del 22 de junio de 2005 de la Sala Constitucional.

7 "Lleva razón al indicar que dicho medio probatorio solo produce efectos en contra de quien la rinde por cuanto admite o confiesa sobre hechos personales que le perjudican (artículo 338 del Código Procesal Civil). En otras palabras, la confesión no prueba a favor de quien la rinde y así lo ha sostenido esta Sala en el voto 103-2013: "La confesión judicial prueba plenamente contra quien la hace sobre hechos personales contrarios a sus intereses (numeral 338 del Código Procesal Civil aplicable por remisión del 452 del de Trabajo), por lo que no puede servir la del accionante para demostrar la jornada que dice haber laborado". En consecuencia, son incorrectos los efectos que el tribunal ha pretendido otorgar a la confesión de la parte actora, la cual no puede ser utilizada para demostrar a su favor". Voto 2014-001218 de las 09:45 hrs. del 19 de diciembre de 2014 de la Sala Segunda.

8 "SOBRE EL VALOR DE LA PRUEBA CONFESIONAL: En relación con la alegada errónea valoración de la prueba confesional, debe recordarse que de conformidad con el artículo 338 del Código Procesal Civil, la misma solo hace prueba contra el confesante sobre los hechos personales contrarios a sus intereses y favorables a los de la contraparte. En efecto, si bien el artículo 493 del Código de Trabajo establece que en materia laboral la prueba se apreciará en conciencia, sin sujeción a las reglas del Derecho común, en aplicación de las reglas de la sana crítica, esta Sala ha reiterado el criterio de que la confesión únicamente prueba en contra de quien la hace y no a su favor. En ese sentido, en la sentencia número 805, de las 9:55 horas del 31 de octubre de 2007 se indicó: "En lo que respecta a la prueba confesional, en aplicación de las reglas de la sana crítica debe concluirse que razonablemente la confesión de una de las partes prueba con relación a los hechos personales contrarios a los intereses del confesante y favorables a los de su adversario; caso contrario, estaríamos, brindándole valor probatorio a los hechos fundamento de su propia tesis en juicio. En consecuencia, debe entenderse que en el recurso se le ha pretendido brindar a la confesión del actor un alcance que no podría tener, al estimarse que los hechos referidos como ciertos por el confesante los cuales le benefician, tienen carácter probatorio, en contra de la parte demandada". (En igual sentido también puede consultarse la sentencia número 948, de las 10:20 horas del 7 de diciembre de 2007). Por consiguiente, lleva razón el recurrente cuando indica que no puede conferírsele a la confesión de los demandantes el valor probatorio otorgado por las instancias precedentes, pues la naturaleza misma de la confesión conlleva admitir hechos personales contrarios a los propios intereses y favorables a los del adversario. Sin embargo, lo anterior en nada varía lo resuelto tal y como se explicará en los siguientes considerandos debido a que existe también abundante prueba testimonial que respalda lo dicho por los actores". Voto 2013-000258 de las 10:05 hrs. del 13 de marzo de 2013 de la Sala Segunda.

9 "A lo que debe sumarse que en este tipo de prueba las respuestas a determinadas preguntas pueden ser apreciadas por el juzgador como prueba de hechos desfavorables al declarante, independientemente, de que existen otras respuestas del mismo interrogatorio que lo favorezcan (artículo 334 del Código Procesal Civil aplicable a la materia por disposición del numeral 452 del de Trabajo), máxime cuando en aplicación analógica de lo que reiteradamente se ha sostenido sobre el valor de la confesional (artículos 337 y 338 del Código Procesal Civil) esta prueba tendría valor únicamente en contra de quien la hace y no a su favor. En tal sentido, en la sentencia número 805 de las 9:55 horas, del 31 de octubre de 2007 se indicó: "En lo que respecta a la prueba confesional, en aplicación de las reglas de la sana crítica debe concluirse que razonablemente la confesión de una de las partes prueba con relación a los hechos personales contrarios a los intereses del confesante y favorables a los de su adversario; caso contrario, estaríamos, brindándole valor probatorio a los hechos fundamento de su propia tesis en juicio. En consecuencia, debe entenderse que en el recurso se le ha pretendido brindar a la confesión del actor un alcance que no podría tener, al estimarse que los hechos referidos como ciertos por el confesante los cuales le benefician, tienen carácter probatorio, en contra de la parte demandada". (En igual sentido se encuentran las sentencias números 948 de las 10:20 horas del 7 de diciembre de 2007 y 922 de las 11:25 horas, del 22 de octubre de 2008). Por consiguiente, en aplicación de las reglas de la sana crítica, no puede conferírsele a la declaración de parte de la albacea de la sucesión demandada el valor probatorio que se pretende en el recurso, pues su propia naturaleza conlleva admitir hechos personales contrarios a los propios intereses y favorables a los del adversario". Voto 2010- 001419 de las 10:42 hrs. del 27 de octubre de 2010 de la Sala Segunda.

10 "Al respecto, precisa indicar, en primer lugar, lo siguiente. El Código Procesal Civil incorpora, como medio probatorio, la declaración de partes. Esta, a su vez se subdivide en el interrogatorio de partes y en la confesión. La última, como elemento de convicción, estaba regulada en el anterior Código de Procedimientos Civiles. En ella, la parte declara sobre hechos personales, y es juramentada bajo las penas de perjurio. Dentro de los nuevos medios de prueba, el Código de rito actual incorpora el interrogatorio de partes. Este se caracteriza por no tener las formalidades de la confesión. A través de él, el Juez puede obtener información sobre hechos en relación con los cuales la parte podría negarse a responder, si se tratara de una confesión, pues en ésta debe hacerlo estrictamente sobre hechos personales. Al respecto, es juramentada bajo apercibimiento de falso testimonio.

El Código de rito derogado contenía una disposición la cual facultaba al juez para admitir preguntas, en la confesión, sobre hechos no personales; empero, el mismo cuerpo normativo, le permitía a la parte negarse a responder. Corolario de lo anterior, la confesión y el interrogatorio de partes constituyen medios probatorios distintos, pertenecientes a un mismo género: la declaración de partes". Voto 000122-F-98 de las 14:15 horas del 27 de noviembre de 1988 de la Sala Primera.

11 Artículo 41.2 de la Reforma Procesal Civil. "Medios de prueba. Son admisibles como medios de prueba los siguientes:

1. Declaración de parte.
2. Declaración de testigos.
3. Dictamen de peritos.
4. Documentos e informes.
5. Reconocimiento judicial.
6. Medios científicos y tecnológicos.
7. Cualquier otro no prohibido".

12 Artículo 50.2.2 de la Reforma Procesal Civil: "[…] 2. Inasistencia a la audiencia preliminar. Si quien figura como demandante no comparece a la audiencia preliminar, se tendrá por desistida la demanda o la reconvención y se le condenará al pago de las costas y los daños y perjuicios causados. No obstante, podrá continuarse el proceso, si alguna de las partes presentes alega interés legítimo o cuando la naturaleza de lo debatido exija la continuación, siempre que no exista impedimento cuya superación dependa exclusivamente de la parte demandante. Si el inasistente fuera el demandado se dictará sentencia de inmediato, salvo que sea necesario practicar la prueba ofrecida por el actor, por tratarse de hechos no susceptibles de ser probados por confesión o que las pretensiones se refieran a cuestiones de orden público o derechos indisponibles". (Lo resaltado es de la autora).

13 Artículo 50.2.4 de la Reforma Procesal Civil: "[…] 4. Inasistencia a la audiencia en los procesos de audiencia única. En los procesos de audiencia única, si quien no comparece es demandante, se tendrá por desistida la demanda o la reconvención y se le condenará al pago de las costas y los daños y perjuicios causados. No obstante, podrá continuarse el proceso, si alguna de las partes presentes alega interés legítimo o cuando la naturaleza de lo debatido exija la continuación, siempre que no exista impedimento cuya superación dependa, exclusivamente, de la parte demandante. Si el proceso continúa, se practicará la prueba y se dictará la sentencia. (Lo resaltado es de la suscrita). Si el inasistente fuera el demandado, el tribunal dictará sentencia de inmediato, salvo que sea necesario practicar la prueba ofrecida por el actor, por tratarse de hechos no susceptibles de ser probados por confesión o que las pretensiones se refieran a cuestiones de orden público o derechos indisponibles".

14 Artículo 111.2 de la Reforma Procesal Civil: "Títulos ejecutivos. Son títulos ejecutivos, siempre que en ellos conste la existencia de una obligación dineraria líquida y exigible: […] 4. La confesión judicial".

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 125, págs 203-215 ISSN 2215-2385 / diciembre 2018

"LA TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (CIJ): LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA Y EL CASO DIALLO"

MSc. Marvin Vargas Alfaro
marvinvargasalfaro@gmail.com

Recibido 29 mayo 2017 **Aprobado 16 agosto 2018**

RESUMEN

En este artículo analizamos el concepto y eficacia de la protección diplomática, para la tutela de los derechos humanos, en el marco del sistema universal de protección. Tomando el caso Diallo como ejemplo, determinamos el limitado alcance del instituto. Sin embargo, también se resalta su importancia como una alternativa de tutela para el individuo, que carece de ius standi ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ).

Palabras clave: *Protección diplomática; derechos humanos; Corte Internacional de Justicia (CIJ); tutela multinivel de los derechos humanos; sistema universal de protección; ius standi.*

ABSTRACT

In the present paper we analyze the concept and effectiveness of the diplomatic protection, for the protection of human rights, within the frame of the universal system. Taking the case Diallo as example, we define the institute's limited range. However, its importance as alternative protection mechanism for individuals, who do not have ius standi at the International Court of Justice, is underlined.

Keywords: *Diplomatic protection; human rights; International Court of Justice (ICJ), multilevel protection of human rights; universal system of protection; ius standi.*

---

* Bachiller y Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Magíster en Derecho Comunitario y Derechos Humanos por la Universidad de Costa Rica. Diplomado Internacional "El Derecho Público del Siglo XXI: La tutela multinivel de los derechos fundamentales", otorgado por la Universidad para la Paz y el Heidelberg Center para América Latina. Máster Universitario en Protección Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Alcalá de Henares (Madrid, España). Letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

I. *Introducción*

En el mundo del siglo XXI, coexisten múltiples niveles de protección de los derechos humanos.

Los principales responsables de tutelarlos son los Estados, a través de sus órganos administrativos o jurisdiccionales.

En el plano comunitario, la tutela se realiza respecto de normas de carácter supranacional o bien, las actuaciones de los órganos que tengan esa cualidad de supranacionalidad (v.gr. la Unión Europea). En este último supuesto, el control respectivo lo efectúa un Tribunal con competencia sobre todos los Estados miembros del proyecto de integración regional.

En el plano del Derecho Internacional Público (DIP), propiamente en el ámbito regional (sistemas europeo, interamericano y africano de protección de los derechos humanos) se cuenta con instancias jurisdiccionales específicas, competentes para determinar la responsabilidad internacional, de los Estados suscriptores de los Tratados regionales de protección de los derechos humanos. En principio, estos, solamente, deberían intervenir en aquellas situaciones en las que los Estados fallaran con su responsabilidad de velar ellos mismos por la protección, sea porque les sea imposible, o bien, se rehusen a investigar, perseguir, sancionar y reparar las vulneraciones.

Ahora bien, en el plano universal, el propio de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la situación es un poco más compleja. Se cuenta con mecanismos de tutela convencional y extraconvencional; también órganos jurisdiccionales como la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y la Corte Penal Internacional (CPI), pero con un impacto limitado en la protección de los derechos humanos.[1]
Precisamente, en el presente artículo explicamos y analizamos los alcances del instituto de la protección diplomática, para la salvaguarda de los derechos humanos, ante la CIJ, en el marco del sistema universal.

En primer lugar, abordamos las características esenciales y naturaleza jurídica del instituto, así como sus diferencias con otras figuras con las cuales suele confundirse. Por último y, en aras de ejemplificar la evolución de la figura como instrumento para la salvaguarda de los derechos de la persona humana, estudiamos el caso *Ahmadou Sadio Diallo* (República de Guinea c. República Democrática del Congo), modelo en esta temática.

II. *¿Qué es la protección diplomática?*

La protección diplomacia es un instituto clásico del DIP consuetudinario. Sus contornos han sido delimitados por la jurisprudencia internacional y por el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que elaboró un proyecto de Tratado que recopila los avances de la comunidad internacional, en la materia.[2]

La figura surgió del Derecho Internacional de extranjería, de las obligaciones que tienen los Estados respecto de los extranjeros que se encuentran en su territorio y del derecho que tiene determinado Estado, de proteger a sus nacionales, independientemente de donde se encuentren.[3]

Vista desde esta perspectiva, la protección diplomática es la reclamación formal que ejerce un Estado a favor de sus nacionales (sea una persona física o jurídica) que ha sufrido un daño derivado de un hecho internacionalmente ilícito, por parte de otro Estado, exigiendo su responsabilidad internacional.[4]

La Comisión de Derecho Internacional de la Asamblea General de la ONU, define la protección diplomática como: «*… la invocación por un Estado, mediante la acción diplomática o por otros medios de solución pacífica, de la responsabilidad de otro Estado por el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado a una persona natural o jurídica que es un nacional del primer*

Estado con miras a hacer efectiva esa responsabilidad …» (traducción del autor).[5]

Según lo expuesto, los presupuestos para ejercer la protección diplomática serían: **a)** un hecho internacionalmente ilícito por parte de un Estado (se puede incurrir en tal por acción o por omisión), **b)** el perjuicio o daño causado a un nacional (una persona física o jurídica) y, **c)** invocación de la responsabilidad por parte de otro Estado.

La persona, por regla general, no es sujeto de DIP, por lo que necesariamente debe acudir ante el Estado de su nacionalidad para exigir la responsabilidad internacional de otro. Solamente los Estados pueden ejercer la protección diplomática.

La Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) - antecesora de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) - en la sentencia de 30 de agosto de 1924, dictada en el caso de las concesiones *Mayrommatis* en Palestina (Grecia c. Reino Unido), señaló con claridad que: «*… Es un principio elemental del Derecho Internacional el que autoriza al Estado a proteger a sus nacionales lesionados por actos contrarios al DI cometidos por otro Estado, del que no han podido obtener satisfacción por las vías ordinarias …*» (traducción del autor).[6]

Así las cosas, la protección diplomática es una facultad del Estado, no un derecho del particular.[7] Desde la perspectiva del DIP, no existe una obligación a cargo del Estado de ejercerla; este tiene total libertad para determinar si la ejerce o no a favor de sus nacionales. A través de la protección diplomática el Estado hace valer su interés de que se respete el DIP.[8]

Elisa Ortega Velásquez nos explica que la idea de la protección diplomática, vista como un derecho del Estado, tiene su origen más remoto en el pensamiento del filósofo y jurista suizo Emer de Vattel, quien afirmó:

> «*… Cualquiera que maltrate a un ciudadano, perjudica indirectamente al Estado, el cual debe proteger a ese ciudadano. El soberano del ciudadano perjudicado debe vengar el daño y, de ser posible, forzar al agresor a satisfacer plenamente la reparación o castigarlo, ya que de otra forma el ciudadano no obtendría el principal propósito de la asociación, la seguridad …*».[9]

En la sentencia de 6 de abril de 1955, dictada en el caso *Nottebohm* (Liechtenstein c. Guatemala), la CIJ afirmó, para el Derecho Internacional contemporáneo que: «*…la protección diplomática y la protección por medios judiciales internacionales constituyen medidas para la defensa de los derechos del Estado …*» (traducción del autor).[10]

La CIJ, en la sentencia de 5 de febrero de 1970, dictada en el caso de *Barcelona Traction* (Bélgica c. España), explicó:

> «*… dentro de los límites establecidos por el Derecho Internacional un Estado puede ejercer la protección diplomática por los medios y en la medida que considere adecuado, puesto que es su propio derecho lo que el Estado hace valer. Si las personas físicas o jurídicas por cuenta de las cuales actúa estiman que sus derechos no quedan suficientemente protegidos, quedarán sin recursos en Derecho Internacional (…) El Estado debe ser considerado como el único juez facultado para decidir si concede su protección, en qué medida lo hará y cuando le pondrá fin. Posee a ese respecto, un poder discrecional cuyo ejercicio puede depender de consideraciones, especialmente de orden político, ajenas al caso en cuestión …*» *(traducción del autor).*[11]

Según lo ha definido también la CIJ en la sentencia citada anteriormente, los Estados tienen la posibilidad de imponerse, a nivel interno, la obligación de ejercer la protección diplomática:

> «*… con el fin de defender su causa y obtener justicia [los particulares] no*

> *pueden sino apelar al derecho interno, si este les ofrece medios para ello. El legislador nacional puede imponer al Estado la obligación de proteger a sus ciudadanos en el extranjero. Puede igualmente conceder a los ciudadanos el derecho a exigir que esa obligación sea respetada y asegurar ese derecho mediante sanciones. Pero todas estas cuestiones permanecen en el ámbito del derecho interno y no modifican la situación en el plano internacional …» (traducción del autor).*[12]

Ahora bien, a nivel interno puede establecerse la obligación del Estado, pero raramente se otorgan mecanismos judiciales para exigir su cumplimiento, esto porque la protección diplomática entra en el ámbito de los denominados "*actos de gobierno*", por regla general no susceptibles de examen jurisdiccional.

Al finalizar el proceso, de lograrse acreditar la vulneración del DIP, se reconocerá al Estado una reparación por los daños y perjuicios causados. No olvidemos que a través de la protección diplomática, un Estado reclama a otro el incumplimiento de determinada norma del orden internacional, en perjuicio de uno de sus nacionales. Así, según hemos subrayado, se trata de un derecho del Estado, razón por la cual, resulta lógico concluir que no está obligado a entregarle al afectado por los hechos, la reparación otorgada.

Sobre la reparación, en la sentencia de 13 de setiembre de 1928, dictada en el caso *Fábrica en Chorzow* (Alemania v. Polonia), la CPJI explicó que: «*… la reparación debe, tanto como sea posible, eliminar todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación como hubiera - con toda probabilidad - existido si el acto no se hubiera cometido…*» (traducción del autor).[13]

Cuando esto no sea posible, según estableció la CIJ en la sentencia de 20 de abril de 2010, dictada en el caso *Plantas de celulosa en el río Uruguay* (Argentina v. Uruguay), la reparación debe tomar la forma de una compensación o una satisfacción, o inclusive ambas.[14]

II.a) Condiciones para su ejercicio

1) La nacionalidad de la reclamación: es el Estado de la nacionalidad del particular al que le corresponde ejercer la protección diplomática. La CPJI, en la sentencia de 28 de febrero de 1939, dictada en el caso del *Ferrocarril Panevezys Saldutiskis* (Estonia c. Lituania), puntualizó: «*… En ausencia de acuerdos particulares, es el vínculo de la nacionalidad entre el Estado y el individuo el único que da al Estado el derecho de protección diplomática…*» (traducción del autor).[15]

El artículo 8 del borrador elaborado por la CID consagra la excepción a esta regla: el caso de los refugiados y apátridas. En estos casos la protección diplomacia se ejercería por razones humanitarias.

2) Agotamiento de los recursos internos: la CIJ detalló en la sentencia de 21 de marzo de 1959, dictada en el caso *Interhandel* (Suiza c.los Estados Unidos de Norteamérica):

> *«… La regla de que los remedios internos deben ser agotados antes que los procedimientos internacionales puedan ser instituidos, es una costumbre internacional; la regla ha sido observada, generalmente, en casos en los cuales un Estado a adoptado la causa de su nacional cuyos derechos se reclaman como irrespetado en otro Estado, en violación del Derecho Internacional. Antes que el asunto pueda ser sometido a una corte internacional, es considerado necesario que el Estado donde la violación ocurrió, haya tenido la oportunidad de rectificar por sus propios medios, dentro del marco de su sistema jurídico domestico …» (traducción del autor).*[16]

El artículo 14 del proyecto de la CDI, codifica la regla, abarcando tanto los recursos judiciales

como administrativos. Paralelamente, el numeral 15 del documento, recoge las excepciones del instituto, en esencia: a) el acuerdo de los Estados, b) la presencia de circunstancias que hagan injusta o poco razonable la exigencia, c) inexistencia de los recursos y, d) tardanza injustificada en la resolución.

3) La conducta correcta del particular: la doctrina plantea esta tercera condición, sobre la que no hay una práctica consolidada; también es conocida como excepción de manos limpias. Carlos Jimenez Piernas destaca lo siguiente:

> *«… la conducta correcta del particular perjudicado no puede ser considerada como una condición de ejercicio de la protección diplomática. Sin embargo, el hecho de que el particular haya tenido, con carácter previo al ilícito del Estado, una conducta incorrecta, es decir, contraria al DI o al derecho interno de dicho Estado, una objetivamente arriesgada, puede y suele motivar en la práctica la negativa de su Estado a ejercer la protección diplomática a su favor…».*[17]

II.b) Protección diplomática: diferencias con la protección y la asistencia consulares

Frecuentemente la figura de la protección diplomática es confundida con la protección y la asistencia consulares. Pese a que la nacionalidad es un factor determinante en las tres, lo cierto es que presentan diferencias sustanciales.

En efecto, a tenor de lo dispuesto por el inciso a) del artículo 5 la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, la protección consular hace referencia a la obligación de las representaciones diplomáticas de proteger ***en el Estado receptor***, los intereses del Estado que los envía y de sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas, dentro de los límites del DIP. Carlos Jiménez Piernas resalta que: «*…dicha protección no se lleva a cabo en el plano internacional, sino que en el ámbito interno del Estado territorial…».*[18]

Paralelamente, de acuerdo con el inciso e) del mismo numeral, la asistencia consular incumbe la obligación de las delegaciones diplomáticas de prestar ayuda a los nacionales del Estado que representan. No existe una reclamación por incumplimiento de algún deber, se trata de labores de apoyo, ayuda o asistencia de los nacionales que se encuentran en el extranjero.

Valga destacar, por su particularidad, que el Derecho de la Unión Europea admite - como parte de los derechos que conforman el estatuto de la ciudadanía de la Unión - el ejercicio de la asistencia consular, por parte de autoridades diplomáticas y consulares de un Estado miembro, a favor de los nacionales de cualquier otro Estado miembro que se encuentren en un tercer Estado, siempre que el Estado de su nacionalidad no tenga representación en dicho tercer Estado (artículo 20.c) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

Así las cosas, la protección diplomática, busca, estrictamente, la declaratoria de responsabilidad internacional de un Estado, por haber causado un daño a uno de los nacionales de otro Estado, al irrespetar una norma de DIP. Por su parte, la protección consular plantea un ámbito de acción mucho más amplio y de defensa inmediata de los intereses del Estado y sus nacionales, en el territorio del Estado receptor.

En la asistencia consular, a diferencia de la protección diplomática, no tenemos una reclamación, sino una serie de acciones que buscan salvaguardar o asistir a nacionales en condiciones de necesidad comprobada.

III. El caso Diallo

El DIDH forma parte del DIP, razón por la cual, perfectamente, a través de la protección diplomática, un Estado puede reclamar la responsabilidad internacional de otro, por

no haber observado alguno de los Convenios o Tratados que reconocen estas garantías inherentes a la condición humana: el caso Diallo es un ejemplo de esto.[19]

III.1) Hechos y supuestas infracciones

La República Democrática del Congo tenía interés en expulsar a Diallo, en tanto, como empresario, se encontraba involucrado en numerosos litigios e, inclusive, había demandado al Estado por incumplimientos contractuales.

El gobierno de la República de Guinea aseguró ante la CIJ, que en los años 1995 - 1996, Diallo fue objeto de arresto, detención y expulsión por parte de la República Democrática del Congo, en irrespeto de los incisos 1 y 2 del artículo 9, así como del artículo 13, todos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos[20]; igualmente estimó vulnerados el artículo 6 y el inciso 4 del artículo 12 de la Carta Africana.[21] Esto, en tanto, la orden de expulsión dictada por la República Democrática del Congo debía: a) estar firmada por el Presidente de la República y no el Primer Ministro, b) consultarse, previamente, al Departamento de Inmigración y, c) contener los motivos de expulsión.

El Estado reclamante aseguró, también, que Diallo fue mantenido en condiciones de detención capaces de constituir un trato cruel, inhumano y degradante, lo que está prohibido por el DIP.

Por último, la República de Guinea reclamó que no se informara a Diallo, al momento de su arresto, de su derecho de asistencia consular, consagrado por el artículo 36.1.b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.[22]

III.2) Valoraciones de la CIJ

a) Falta de agotamiento de los recursos internos

De previo, la CIJ desechó una excepción presentada por la República Democrática del Congo, referente a la falta de agotamiento de los recursos internos.[23]

En efecto, el Estado demandado no acreditó fehacientemente que existieran mecanismos que Diallo pudiera utilizar para revertir la medida.

La República Democrática del Congo citó, solamente, la posibilidad de gestionar la reconsideración de la autoridad administrativa, sin embargo, la Corte recordó que si bien los recursos internos que deben ser agotados deben ser los judiciales y administrativos, los recursos administrativos pueden ser tomados en cuenta, únicamente, si se dirigen a reivindicar un derecho y no a obtener un favor. Así, la posibilidad que tenía Diallo de presentar una solicitud de reconsideración de la decisión de expulsión, con la esperanza de que el funcionario competente se retractara, no puede considerarse un recurso interno que deba ser agotado.

b) Sobre el fondo

La CIJ consideró, en primer lugar, que de conformidad con los referidos instrumentos del DIDH, la expulsión de un extranjero solamente es legítima, si se efectúa de acuerdo con la Ley, en otras palabras, según la normativa interna aplicable. Además, una expulsión no debe ser arbitraria, en tanto, según el criterio de la CIJ, la prohibición de la arbitrariedad, se encuentra en el corazón de los derechos protegidos por las normas de derechos humanos.

En este sentido, la CIJ adoptó como propio el criterio del Comité de Derechos Humanos, órgano del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, instituido para su autotutela. Paralelamente, respaldó sus conclusiones al estudiar el criterio tanto de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al interpretar normas similares en los sistemas regionales.

El Tribunal Internacional concluyó que la República Democrática del Congo irrespetó las normas del DIDH invocadas, en tanto, no

realizó la consulta preceptiva al Departamento de Inmigración y, ante todo, no fundamentó debidamente, el acto de expulsión.

Paralelamente, la CIJ concluyó que la privación de libertad de Diallo, de previo al dictado de la expulsión, fue arbitraria, debido a que no existían indicios claros y contundentes de que éste tuviera la intención de evadir la justicia o bien, desobedecer a las autoridades responsables.

De igual forma, se logró determinar que Diallo estuvo privado de su libertad por sesenta y seis días, cuando lo permitido por el ordenamiento interno de la República Democrática del Congo, en casos similares, es cuarenta y ocho horas prorrogables, pero nunca pudiendo exceder de ocho días en total.

Igualmente, la CIJ señaló que el Estado demandado no logró demostrar que, al momento de detener a Diallo, se le hubieran informado claramente las razones de su detención y la posibilidad de ser expulsado; tampoco se puso en su conocimiento el derecho que tenía de obtener asistencia consular.

De otra parte, el agravio referente a los tratos inhumanos y degradantes durante la detención, fue desestimado, en tanto la República de Guinea no lo logró demostrar.

En cuanto a las reparaciones, la CIJ dispuso que la República de Guinea y la República Democrática del Congo, debían iniciar negociaciones para determinar el monto de los daños y perjuicios ocasionados con el acto ilegítimo. De no haberse llegado a un acuerdo en un periodo de seis meses, la controversia sobre este extremo se solucionaría ante el Tribunal.[24]

IV. Conclusiones

1. La protección diplomática es una figura del DIP, establecida consuetudinariamente, para proteger los intereses de los Estados, frente a la vulneración de la normativa imperante.
2. La Segunda Guerra Mundial es un punto de inflexión en la historia del DIP. Concebido como el orden que permitía regular las relaciones entre los Estados, el DIP clásico demostró su inoperancia para evitar el peor conflicto bélico de la historia de la humanidad.

3. Es luego de 1945 que el DIDH se establece, progresivamente. En el plano universal, su piedra fundacional la integran la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, mientras en en el plano regional, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de la Organización de Estados Americanos y el Convenio Europeo para protección de los Derechos y Libertades Fundamentales, son los instrumentos pioneros.

4. El advenimiento de la doctrina de los derechos humanos - como moral secular de occidente - tuvo su impacto también en el instituto de la protección diplomática. Entendida como un instrumento para la tutela del interés del Estado en el respeto del DIP, también puede emplearse, en el DIP contemporáneo, para reclamar el incumplimiento del DIDH.

5. El caso Diallo es un ejemplo paradigmático de esto. La CIJ declaró la responsabilidad internacional de la República Democrática del Congo por inobservar normas que integran el núcleo duro del DIDH, e inclusive, disposiciones de un instrumento regional de protección, como lo es la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos.

6. Ahora bien, en este campo, el alcance y efectividad de la protección diplomática es limitado, en tanto, tal y como se ha mencionado, es concebida - como regla general - como un derecho de los Estados, no una facultad del individuo. La persona humana no tiene *ius standi* ante la CIJ, como sí lo tiene ante la Corte Europea de Derechos Humanos; siquiera ostenta un *locus standi* como si lo posee ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

7. Sin lugar a dudas, el fenómeno globalizador ha beneficiado la evolución y divulgación de la doctrina de los derechos humanos al rededor del mundo. Consideramos que, el paso lógico y deseable a seguir en la sociedad internacional, es el establecimiento de un Tribunal Universal de Derechos Humanos, que sirva como garante de los instrumentos del DIDH del sistema universal de protección, y reconozca al individuo como sujeto de DIP.

8. La ONU no es una organización supranacional - en el sentido estricto y técnico jurídico del término - es decir, no se trata de una estructura de integración entre Estados soberanos; los Estados prefirieron una estructura de cooperación institucionalizada, con mecanismos de tutela en el ámbito intergubernamental.

9. La existencia de un Tribunal Universal de Derechos Humanos depende, entonces, de la voluntad política de los Estados y, en gran medida, de la presión que los pueblos ejerzan sobre los gobiernos.

10. Mientras eso ocurre, la protección diplomática constituye una alternativa para la tutela de los derechos humanos, en el plano jurisdiccional universal aunque, como bien se ha resaltado, de acceso, alcance y eficacia restringidos.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Libros

Casanova, Osvaldo. *Compendio de Derecho Internacional Público.* Madrid: Tecnos, 2013.

Estrada Adán, Guillermo. *Curso básico de Derecho Internacional.* México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2012.

Herdegen, Mattias. *Völkerrecht.* München: C.H.Beck, 2015.

Jiménez Piernas, Carlos. *Introducción al Derecho Internacional Público. Práctica de España y de la Unión Europea.* Madrid: Tecnos, 2011.

Rodríguez Carrión, Alejandro. *Lecciones de Derecho Internacional Público.* Madrid: Tecnos, 2006.

Artículos de revista

Ortega Velásquez, Elisa. "Naturaleza jurídica de la protección diplomática a la luz del desarrollo progresivo del derecho internacional: ¿derecho del Estado o de la persona humana?". *Anuario mexicano de derecho internacional,* volumen XVI, enero - diciembre (2016). Recuperado mayo 22, 2017, de: https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/520/780.

Varela Quirós, Luis Alberto. "La protección diplomática y la nacionalidad de las personas". *Revista Costarricense de Derecho Internacional*, I edición (2014), pp.41 - 51.

Normativa

Convención de Viena sobre Relaciones Consulares

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

Resoluciones

Corte Permanente de Justicia Internacional

Sentencia de de 30 de agosto de 1924, dictada en el caso de las concesiones *Mayrommatis* en Palestina (Grecia c. Reino Unido). Recuperado abril 17, 2017, de http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf.

Sentencia de 13 de setiembre de 1928, dictada en el caso *Fábrica en Chorzow* (Alemania v. Polonia). Recuperado mayo 1, 2017, de http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf.

Sentencia de 28 de febrero de 1939, dictada en el caso del *Ferrocarril Panevezys Saldutiskis* (Estonia c. Lituania). Recuperado abril 23, 2017, de http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_76/01_Panevezys-Saldutiskis_Arret.pdf.

Corte Internacional de Justicia

Sentencia de 6 de abril de 1955, dictada en el caso *Nottebohm* (Liechtenstein c. Guatemala). Recuperado mayo 22, 2017m de: https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/520/780#ftn13.

Sentencia de 21 de marzo de 1959, dictada en el caso *Interhandel* (Suiza c.los Estados Unidos de Norteamérica). Recuperado abril 24, 2017, de http://www.icj-cij.org/docket/files/34/2297.pdf.

Sentencia de 5 de febrero de 1970, dictada en el caso *Barcelona Traction* (Bélica c. España). Recuperado abril 18, 2017, de http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf.

Resolución de excepciones preliminares dictada en el caso *Ahmadou Sadio Diallo* (República de Guinea c. República Democrática del Congo). Recuperado abril 30, 2017, de http://www.icj-

cij.org/docket/files/103/13856.pdf (consultada el 30 de abril de 2017).

Sentencia de 20 de abril de 2010, dictada en el caso *Plantas de celulosa en el río Uruguay* (Argentina v. Uruguay). Recuperado mayo 1, 2017, de http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15877.pdf.

Sentencia de 30 de noviembre de 2010, dictada en el caso *Ahmadou Sadio Diallo* (República de Guinea c. República Democrática del Congo). Recuperado abril 29, 2017, de http://www.icj-cij.org/docket/files/103/16244.pdf.

Sentencia de 19 de junio de 2012, dictada en el caso aso *Ahmadou Sadio Diallo* (República de Guinea c. República Democrática del Congo), reparaciones. Recuperado mayo 1, 2017, de http://www.icj-cij.org/docket/files/103/17044.pdf.

Asamblea General de la ONU

Resolución No. A/CN.4/L.684 de 19 de mayo de 2006. Recuperado abril 17, 2017, de http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/L.684.

Notas al final

1 La CIJ dirime conflictos entre Estados (competencia contenciosa) y también puede resolver consultas sobre determinados temas del DIP (competencia consultiva); en ambos casos pueden relacionarse con temas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), no obstante, el acceso de los individuos es limitado, pues no se les reconocen facultades como sujetos de DIP. La CPI no tiene por objeto castigar a un Estado por violación de Derechos Humanos; su competencia se circunscribe a juzgar individuos por haber cometido genocidio, crímenes de guerra o de lesa humanidad, descartándose la responsabilidad del Estado del cual proviene esa persona.

2 Carlos, Jiménez Piernas. *Introducción al Derecho Internacional Público. Práctica de España y de la Unión Europea.* (Madrid: Tecnos, 2011), pág.422.

3 Elisa, Ortega Velásquez. "Naturaleza jurídica de la protección diplomática a la luz del desarrollo progresivo del derecho internacional: ¿derecho del Estado o de la persona humana?". *Anuario mexicano de derecho internacional,* volumen XVI, enero - diciembre (2016). Disponible en: https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/520/780 (consultada el 22 de mayo de 2017).

4 Carlos, Jimenez Piernas, *op.cit.,* pág.422.

5 Borrador elaborado por la Comisión de Derecho Internacional; resolución de la Asamblea General de la ONU No. A/CN.4/L.684 de 19 de mayo de 2006, disponible en: http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/L.684 (consultada el 17 de abril de 2017), artículo 1: «*… diplomatic protection consists of the invocation by a State, through diplomatic action or other means of peaceful settlement, of the responsibility of another State for an injury caused by an internationally wrongful act of that State to a natural or legal person that is a national of the former State with a view to the implementation of such responsibility …*»

6 Sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional de 30 de agosto de 1924, dictada en el caso de las concesiones *Mayrommatis* en Palestina (Grecia c. Reino Unido), disponible en: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf (consultada el 17 de abril de 2017), pág. 12: «*…It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another State, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels…*»

7 *Ibid,* pág. 12: «*…By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights, its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law…*»

8 Luis Alberto, Varela Quirós. "La protección diplomática y la nacionalidad de las personas". *Revista costarricense de Derecho Internacional,* I edición (2014), pág.44.

9 Elisa, Ortega Velásquez, *op.cit.,* disponible en: https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/520/780#ftn10 (consultada el 22 de mayo de 2017).

10 Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 6 de abril de 1955, dictada en el caso *Nottebohm* (Liechtenstein c. Guatemala), disponible en: https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/520/780#ftn13 (consultada el 22 de mayo de 2017), pág. 24: «*… diplomatic protection and protection by means of international judicial proceedings constitute measures for the defence of the rights of the State…*».

11 Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 5 de febrero de 1970, dictada en el caso *Barcelona Traction* (Bélica c. España), disponible en: http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf (consultada el 18 de abril de 2017), pág. 45: «*…The Court would here observe that, within the limits prescribed by international law, a State may exercise diplomatic protection by whatever means and to whatever extent it thinks fit, for it is its own right that the State is asserting. Should the natural or legal persons on whose behalf it is acting consider that their rights are not adequately protected, they have no remedy in international law. Al1 they can do is to resort to municipal law, if means are available, with a view to furthering their cause or obtaining redress. The State must be viewed as the sole judge to decide whether its protection will be granted, to what extent it is granted, and when it will cease. It retains in this respect a discretionary power*

the exercise of which may be determined by considerations of a political or other nature, unrelated to the particular case…».

12 *Ibid*, pág. 45: «*…Should the natural or legal persons on whose behalf it is acting consider that their rights are not adequately protected, they have no remedy in international law. Al1 they can do is to resort to municipal law, if means are available, with a view to furthering their cause or obtaining redress. The municipal legislator may lay upon the State an obligation to protect its citizens abroad, and may also confer upon the national a right to demand the performance of that obligation, and clothe the right with corresponding sanctions. However, al1 these questions remain within the province of municipal law and do not affect the position internationally…*»

13 Sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional, de 13 de setiembre de 1928, dictada en el caso *Fábrica en Chorzow* (Alemania v. Polonia), disponible en: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf (consultada el 1 de mayo de 2017), pág. 47: «*… reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed …».*

14 Sentencia de la Corte Internacional de Justicia, de 20 de abril de 2010, dictada en el caso *Plantas de celulosa en el río Uruguay* (Argentina v. Uruguay), disponible en: http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15877.pdf (consultado el 1 de mayo de 2017), párrafo 273.

15 Sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional de 28 de febrero de 1939, dictada en el caso del *Ferrocarril Panevezys Saldutiskis* (Estonia c. Lituania), disponible en: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_76/01_Panevezys-Saldutiskis_Arret.pdf (consultada el 23 de abril de 2017), pág. 16: «*…in the absence of a special agreement, it is the bond of nationality between the State and the individual which alone confers upon the State the right of diplomatic protection…».*

16 Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 21 de marzo de 1959, dictada en el caso *Interhandel* (Suiza c.los Estados Unidos de Norteamérica), disponible en: http://www.icj-cij.org/docket/files/34/2297.pdf (consultada el 24 de abril de 2017), pág. 25: «*…The rule that local remedies must be exhausted before international proceedings may be instituted is a well established rule of customary international law; the rule has been generally observed in cases in which a State has adopted the cause of its national whose rights are claimed to have been disregarded in another State in violation of international law. Before resort may be had to an international court in such a situation, it has been considered necessary that the State where the violation occurred should have an opportunity to redress it by its own means, within the framework of its own domestic legal system…».*

17 Carlos, Jimenez Piernas, *op.cit.,* pág.435.

18 *Ibid,* pág.426.

19 Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 30 de noviembre de 2010, dictada en el caso *Ahmadou Sadio Diallo* (República de Guinea c. República Democrática del Congo), disponible en: http://www.icj-cij.org/docket/files/103/16244.pdf (consultada el 29 de abril de 2017).

20 **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 9. 1.** Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. **2.** Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. **Artículo 13.** El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.

21 **Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos. Artículo 6.** Todo individuo tendrá derecho a la libertad y a la seguridad de su persona. Nadie puede ser privado de su libertad más que por razones y condiciones previamente establecidas por la ley. En especial, nadie puede ser arrestado o detenido arbitrariamente. **Artículo 12.** Un extranjero legalmente admitido en un territorio de un Estado firmante de la presente Carta, sólo puede ser expulsado de él en virtud de una decisión tomada de conformidad con la ley.

22 **Convención de Viena sobre Derechos Consulares. Artículo 36.1.b.** Si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado.

23 Resolución de excepciones preliminares dictada por la Corte Internacional de Justicia, en el caso *Ahmadou Sadio Diallo* (República de Guinea c. República Democrática del Congo), disponible en: http://www.icj-cij.org/docket/files/103/13856.pdf (consultada el 30 de abril de 2017).

24 En la sentencia de 19 de junio de 2012, la CIJ determinó que se la suma total ascendía a 95 mil dólares estadounidenses. Disponible en: http://www.icj-cij.org/docket/files/103/17044.pdf (consultada el 1 de mayo de 2017).

Jurisprudencia Comentada

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 125, págs 219-234 ISSN 2215-2385 / diciembre 2018

ORIGEN DEL INTERDICTO DE REPOSICIÓN DE MOJONES Y SU ERRÓNEA APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL EN RELACIÓN CON LOS INTERDICTOS DE AMPARO Y RESTITUCIÓN DE LA POSESIÓN

*Dr. Francisco Chacón Bravo**
fchaconbravo@zurcherodioraven.com

Recibido 20 de marzo de 2018 **Aceptado 16 agosto 2018**

RESUMEN

Un análisis del origen del interdicto de posesión desde el Derecho romano hasta nuestros días y la confusión que ha tenido nuestra jurisprudencia e, incluso, nuestro legislador nos permiten sostener que el interdicto de reposición de mojones no es un interdicto posesorio, porque lo que protege son los límites entre las propiedades, con independencia de la posesión.

Palabras clave

Posesión, restitución de mojones, amparo de posesión, restitución de posesión

ABSTRACT

An analysis of the origin of the restraining order from roman Law to the present day and the confusion that our jurisprudence has had, and even our legislator allow us to maintain that the restraining order of landmarks is not an injunction, because what protects are the boundaries between properties, regardless of possession.

Keyword

Possession, restitution of landmarks, protection of possession, restitution of possession

* Profesor Universidad de Costa Rica. Exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia.

GÉNESIS DEL INTERDICTO DE REPOSICIÓN DE MOJONES EN EL DERECHO ROMANO

Para los romanos, los límites de la propiedad eran sagrados, estos se establecían en una ceremonia solemne y sagrada, denominada *limitatio,* en donde no se establecía una simple línea, como nuestras típicas cercas, sino un sendero de cinco pies de ancho, como mínimo, según su orientación como explicaremos más adelante. Estos senderos eran *res sanctae*, públicos e imprescriptibles. Su carácter público permitía a la gente poder pasar por ellos sin ninguna limitación, y el acceso a cualquier fundo sin problemas. Es decir, servían de calles lo que hacía que no hubiera fundos enclavados. Encontramos primero su origen en las divisiones que hicieron los gentiles, de sus fundos y, luego, en los territorios, quitados a los enemigos y repartidos por el Estado a los ciudadanos romanos. Esto permitió que fueran trazados matemáticamente. Se formaron así, al igual que, en nuestras ciudades, con cuadrados o rectángulos. Fueron orientados, no por la topografía del terreno, sino de acuerdo con los puntos cardinales.

Los *centuriatios* eran cuadrados y de líneas continuas. Los *strigatios* eran rectangulares, y las líneas discontinuas iban de norte a sur; con senderos dobles los que iban en este sentido; es decir, por lo menos de diez pies y los que iban de este a oeste de cinco pies. Los *scamnatios* eran rectángulos que iban de este a oeste, con senderos dobles, es decir de diez pies, cuando iban en este sentido y, simples, los que iban de norte a sur, es decir de cinco pies. Los *agri arcifinii* no estaban medidos, sus límites eran naturales, tales como ríos, montes o los artificiales como zanjas, cortes de árboles, cercas etc. Los límites no eran santos, y su origen era el *ager publicus,* ocupados por permiso del Estado o dados por este en arrendamiento, por lo que eran propiedad del Estado[1].

En cuanto a la época posclásica, podemos indicar que lo clásico pervive en ella. No podemos indicar, como lo hacen algunos romanistas, que es una época decadente, en verdad lo "*deslucido en ella, no quiere decir que haya quebrado la línea de la razón histórica*" [2]. Así, en el Digesto, encontramos en el Libro 47, el título 21, sobre el corrimiento de mojones.

En el artículo sobre la posesión en el nuevo proyecto del Código Procesal Civil, señalé que, en cuanto a los interdictos posesorios, la distinción entre propiedad y posesión, como dos instituciones con sus características, *es propia del derecho evolucionado*[3].

Cuando los dos contendientes reclamaban la propiedad de la cosa, en la época preclásica, existió la necesidad de conservar la cosa en buen estado, y de allí nació la necesidad de entregarla, bajo garantía a uno de los contendientes.

En la época clásica, la razón era concederla provisionalmente a uno de ellos, para entregarla en propiedad a quien en definitiva resultaba vencedor[4]. En cuanto a cómo surgió la protección interdictal, existe entre los romanistas una gran controversia de que no es del caso entrar en su examen.

En lo que cabe menos duda es que la orden fue un acto de *imperium* del magistrado, la cual si no se acataba, se sufría una sanción pecuniaria. En el período clásico, el magistrado examina rápidamente el caso y, si se dan los presupuestos concretos para que se dé la protección o la prohibición que se solicita. El procedimiento es un procedimiento distinto al ordinario, porque la tramitación corresponde solo al magistrado.

No es posible saber, si se realiza la petición de la orden solo con la presencia del actor o si era necesario citar también al demandado. El procedimiento se podía realizar por ser una emergencia incluso en días nefatos. Era un procedimiento sumario en que el magistrado realizaba una investigación para comprobar si se daban los requisitos previstos en su edicto o si ameritaba que el magistrado otorgara un

interdictum repentinum; es decir, para el caso concreto, y examinaba, además, si podía insertar una *exceptio,* por ejemplo, la *exceptio vis:* si se había empleado violencia. Incluso podía dar instrucciones sobre cómo realizar el procedimiento y terminaba con un *decretum,* denegando el interdicto o dando la orden de prohibir, restituir o exhibir. En realidad, *interdictum* significa prohibir, es decir, es una negación, prohíbo que se haga violencia, prohíbo que hagas, etc.

El que pierde el interdicto está obligado a acatar la orden al igual que si fuera una sentencia. Es un acto de *imperium,* cuya consecuencia es que el pretor puede imponerle una multa *multae dictio* o el temor a enfrentar un juicio ordinario contra él. Se cierra así la fase interdictal. El procedimiento en su contra *ex interdicto* es establecido por el perjudicado con la desobediencia. Se sostiene que no es una desobediencia, sino un derecho del perdidoso a demostrar que los supuestos de hecho establecidos son ciertos, y debe ejecutarse la orden.

Si el actor triunfa, el demandado debe pagar una suma de dinero más los perjuicios, pero si pierde, el demandante es el que debe pagar una suma de dinero.

En la época posclásica, desaparece la oposición entre *interdictum* y *actio,* y ambos se ventilan ante el magistrado. La discusión se centra entre si es una *actio* ordinaria o si se le puede calificar de sumario. Sin embargo, puede sostenerse el carácter de sumario por ser sumaria la apreciación de la prueba, y se limita o se excluye la posibilidad de la apelación en algunos casos.

En el derecho romano, además la posesión está totalmente relacionada con la propiedad.

Como en realidad lo que interesa en el presente trabajo es de carácter eminentemente práctico, examinemos, en primer lugar, quiénes están protegidos por la posesión para encontrar si existe una relación inmediata con la propiedad y así llegar a la conclusión de que no existe un solo interdicto posesorio que no se relacione con el propietario. Así, están protegidos por los interdictos:

1. El ***propietario*** cuando tiene la cosa en su poder.

2. El que tiene la cosa creyendo ***que es suya*** o sea de buena fe.

3. El que tiene la cosa sabiendo que no es suya ***con animus domini***, es decir, como si fuera propietario.

4. El que tiene la cosa ***porque el dueño*** se la ha dejado en prenda, es decir, el acreedor pignoraticio.

5. El que tiene la cosa ***porque el dueño*** se la ha dado para que goce de ella hasta que él se la pida; es decir, el que la tiene en precario.

6. El que tiene la cosa porque varias personas discuten quién debe ***tener la cosa en definitiva como propietario,*** y acuerdan que se entregue en depósito a una de ellas, y esta queda obligada a dejársela o a entregarla a aquel cuando se den determinadas circunstancias. Es una forma de depósito denominado secuestro, el que tiene la cosa en su poder se denomina secuestrario. Por ejemplo, si existe un litigio pendiente, se le debe entregar la cosa al que resulte vencedor o si se trata de varios herederos, y el testador les lega la cosa con una condición que se encuentra pendiente.

7. ***El enfiteuta*** que posee la cosa ***porque tiene un derecho real*** sobre la ella, transmisible *inter vivos* y *mortis causa,* consistente en el más amplio disfrute de un fundo, con la obligación de pagar al dueño del fundo un canon anual contrato denominado enfiteusis.

8. **El superficiario**, el que tiene un ***derecho real sobre una cosa***, transmisible *intervivos* y

mortis causa, derecho que le concede pleno disfrute sobre un edificio construido en un predio ajeno con el consentimiento del dueño, mediante el pago de un precio.

Examinemos ahora quiénes no están protegidos por los interdictos.

1. El que tiene la ***cosa en arrendamiento***. En la actualidad, sobre todo por influencia de la concepción germánica de una posesión mediata e inmediata, tanto el arrendante como el arrendatario tienen la protección interdictal.

2. El que tiene la cosa en depósito ***porque el dueño*** se la entregó.

3. El que tiene la cosa ***porque el dueño se la prestó***.

4. El que tiene la cosa porque sobre ella tiene un derecho de usufructo ***otorgado por el dueño***.

5. El que tiene la cosa porque el pretor se la entregó (*ex primo decreto*), ***fundamentado en lesiones a la propiedad***.

Ahora bien, la pregunta que cabe hacerse es ¿por qué se protege la posesión interdictal en unos casos y en otros no, ya que lo que diferencia la posesión de la tenencia, según SAVIGNY, ***es el animus domini***, según IHERING la voluntad de tener la cosa bajo su poder.

Examinemos los dos elementos constitutivos de la *possessio* que, según los textos romanos, integran la posesión.

El *corpus* es la sujeción efectiva de la cosa, y el *animus* es la intención.

Para Savigny, el *animus* es tomar la cosa como dueño, *animus domini*, y para Ihering, es solo la intención de saber y querer tener la cosa para sí, porque eso es lo que le interesa.

Savigny señala:

> *Hemos definido anteriormente la detentación como el estado físico correspondiente a la propiedad…De aquí se deduce que* ***el animus possidendi consiste en la intención de ejercer el derecho de propiedad…*** *Cuando el detentador tiene intención de ejercer el derecho de propiedad que reconoce en otro, esta clase de animus possidendi que tiene no es capaz por su naturaleza de dar a la detentación el carácter de posesión […]" Luego agrega: "[...]* ***aquel en que la intención está dirigida al ejercicio de su propia propiedad, de modo que animus possidendi debe ser explicado por animus domini o por animus sibi habendi*** *y* ***no puede por consiguiente considerarse como poseedor más que el que trata como propietario la cosa detentada… y este es el motivo para que la posesión competa lo mismo al ladrón y salteador que el verdadero propietario****, y por tanto éste como aquellos se oponen al arrendatario que no tiene posesión porque no considera la cosa como suya*[5].

Ihering agrega en su prólogo de la *Teoría de la posesión*:

> *Quien desee combatir una falsa tendencia, debe buscar a aquel que ha sido el primero en seguirla […] Por esta razón he elegido a Savigny y la teoría de la posesión […]*
> *[…] Tengo el convencimiento de haber puesto en pleito mi nombre científico, en esta obra, de una manera tal, que si las censuras y las acusaciones que contra Savigny lanzo son infundadas, el perjuicio que experimentaré será irreparable. He criticado sin piedad, y quien me quiera mal podrá tildarme de ingrato, aun sin considerar el pleno homenaje que rindo a los méritos de Savigny […]*[6].

Luego agrega en el capítulo II que titula "NUESTRO ASUNTO"

> *[...] El asunto que estas investigaciones se refieren entraña la cuestión siguiente: Una vez dadas las condiciones legales exteriores (corpus) de la relación posesoria, ¿de qué depende que haya posesión o tenencia? Savigny y con él la doctrina imperante, responde de la voluntad del que tiene la cosa, si tiene voluntad de poseer para él (animus rem sibi habendi, o al modo de propietario (animus domini), hay posesión. Si tiene la voluntad de poseer para otro, hay tenencia […]*[7].

En el Capítulo X, titulado LA PRUEBA POLÍTICO-LEGILATIVO, expone:

> *La prueba a que hemos sometido la teoría en el anterior capítulo desarrollase ante el Juez:*
> *[…] La voluntad individual libre hace de la relación posesoria lo que le place, puede decidir hoy por la posesión, mañana por la tenencia…Encuentro una cosa que creo poder considerar como abandonada, me voy a mi lecho con el animus domini. Al día siguiente sé que el propietario la ha perdido y deseo entregársela, me quedo con el animus alieno nomini detinendi […]. Tercera noche, duermo con el animus domini*[8].

Para Ihering, esta es una tesis subjetiva errónea, de manera que construye una tesis objetiva e indica*:*

> *Una noción de posesión que no esté fundada en la voluntad, es completamente irrealizable […] El motivo que la pone en movimiento, que la solicita, según diría Shopenhauer es el interés. La relación exterior en que nos ponemos con ellas,* ***tomándolas para nosotros****, contiene de hecho la expresión del interés que* ***tomamos por ellas;*** *la* ***relación posesoria es la afirmación del interés que una persona tiene en una cosa.*** *Las cosas que podríamos tomar y que no tomamos no tienen interés para nosotros […] En realidad el corpus no puede existir sin el animus, como el animus tampoco puede existir sin el corpus…son entre sí como la palabra y el pensamiento […] En la palabra toma cuerpo el pensamiento […] En el corpus toma cuerpo la voluntad […] pero (se refiere a la cosa) no se convierte en corpus sino desde que la voluntad le imprime el sello de la relación posesoria […] Pero aquí también el animus debe realizarse en corpus lo cual se advierte de que el tenedor se conduzca como propietario: enajene la cosa, se niegue a entregarla al dueño de la posesión, niegue haberla recibido, le prohíba la entrada al fundo.*

¿Cómo explicó SAVIGNY que el acreedor pignoraticio, el secuestrario y el precarista estaban protegidos por los interdictos si no tenían *animus domini*?

En realidad, el acreedor que tiene la cosa en prenda, es decir, que el dueño se la entrega como garantía; el precarista que se comporta como dueño por voluntad del dueño; el secuestrario que tiene la cosa mientras se dan las circunstancias que alega cada uno como dueño, no tienen *animus domini.* Savigny explica que la posesión de todos ellos deriva de la **voluntad de los dueños** de la cosa; es decir, de la **voluntad del propietario**.

¿Cómo explicó IHERING, por qué no se concede protección interdictal al arrendatario, al depositario, al comodatario y al usufructuario que, según su concepción, tienen *animus,* porque tienen conciencia de que tienen la cosa, lo saben y lo quieren, y eso es lo que les interesa?

En el Capítulo VIII, bajo el título *Desenvolvimiento histórico de la noción de tenencia*, Ihering fundamenta su explicación en la historia de la

tenencia, porque estos casos son tenencia y, en consecuencia, no son posesión ni están protegidos por los interdictos, y da las siguientes razones:

I. La casa romana es el lugar originario de la aparición de hecho de la distinción entre posesión y tenencia, y el sitio donde por primera vez fue conocida.

II. La separación de la noción de tenencia de la casa romana y extensión de uno de sus lados: ***la continuación de la posesión para el dueño o señor de ella****, a la relación contractual.*

1. *Para las* cosas inmuebles *–interés práctico:*

   a) *Concesión parcial de las mismas a los colonos y a los inquilinos.*
   b) *Abandono total*

2. *Para las cosas muebles –fuerza de la noción.*

III. Separación del segundo lado, o sea, la continuación de la posesión separada de la relación de mera tenencia doméstica. Adquisición de la posesión. Admisión de la representación por medio de personas libres.

IV. Combinación de la noción de tenencia con la de posesión; el punto de unión; la juris possessio.

V. Traspaso de la posesión a los hijos de familia.

Ihering indica:

> *No fue el elemento subjetivo de la voluntad, sino los motivos objetivos, el interés práctico, el técnico y el jurídico, los que han efectuado el desenvolvimiento completo de la noción de tenencia*[9].

Como puede verse, en todos está presente el derecho del propietario, el dueño y señor de la cosa.

D´Ors lo explica con mayor claridad y, en su explicación, encontramos como, en todos los casos, los romanos dieron la protección interdictal partiendo del concepto de propiedad.

Se concede la protección interdictal a los **propietarios,** (aunque luego se pruebe que no lo son). A los precaritas que son concesionarios a discreción del **propietario,** a los vectigalistas que son concesionarios del *ager publicus* por el **propietario**, a los precaristas que son concesionarios del **propietario,** a los acreedores pignoraticios para retener la prenda dada por el **propietario**, a los secuestratarios que son depositarios con devolución a determinar en un evento futuro y a los que habían recibido embargo definitivo de bienes ajenos. Es decir, para determinar en definitiva quién es el **propietario** y agrega:

> *En estos casos, se trata de defender la retención de una cosa con cierta independencia,* **por eso se niega esta protección a otras personas que dependen, respecto a la cosa que retienen, de la persona de quien la recibieron,** *como los depositarios y arrendatarios ordinarios, missi in possessionem (rei servanda gratia los comodatarios, incluso los usufructuarios, todos estos tienen una simple detentación de las cosas que retienen*[10].

De acuerdo con esta tesis, es el propietario el que va determinando cuándo por su voluntad entrega la cosa con independencia, por lo que les conceden los interdictos, y cuando la cosa es entregada por el propietario para que ejerzan solo una tenencia, por lo que no gozan de los interdictos.

Según lo expuesto, se llega a la conclusión de que no cabe ninguna duda de que el origen de la posesión está en primer lugar en el concepto de propiedad. Si ello es así, no podemos sostener dos conceptos irreconciliables de posesión y propiedad para la protección interdictal. Por medio de los interdictos, se puede proteger tanto la propiedad como la posesión, según

el caso, y llegar a la conclusión de que la mayoría de los interdictos no son posesorios. Los únicos interdictos estrictamente posesorios son únicamente el de amparo de la posesión y el de restitución de la posesión. No lo son aun cuando se pueda proteger también la posesión, en algunos casos, el interdicto de restitución de mojones, el interdicto de obra nueva, el interdicto de obra ruinosa. A partir del derecho romano, estudiemos la evolución que el interdicto de reposición de mojones sufre hasta nuestros días.

LA REPOSICIÓN DE MOJONES EN LAS SIETE PARTIDAS

Las Siete Partidas del rey don Alfonso el Sabio constituyen el eslabón entre el derecho romano y el derecho español, de allí que es necesario examinar qué fue lo que se estableció en cuanto a los mojones en ese texto. Al respecto la Partida VII, del título IV, Ley XXX, expone:

> *Mojon es señal que departe una heredad de la otra, et non lo debe ningún home mudar sin mandamiento del rey o judgador del lugar; et sin alguno contra esto ficiese mudando los mojones maliciosamente que estudiesen entre la de su heredat et la de su vecino, como quien non puede home decir que face furto porque lo face en cosa que es raíz; pero face yerro ó maldar que es semejante de furto et por ende debe pechar al rey todo home que esto ficiere, por quantos mojones así mudare, por cada uno de ellos cincuenta maravedís de oro: et demás de esto si hobiere algunt derecho en aquella parte de heredat que asi cuidó ganar a furto por mudamiento de mojones, débelo perder. Et si derecho non habie en ella, debe tornar lo que entró en esta manera á su dueño, et otro tanto de lo suyo quanto aquello que el tomó de lo ageno […].*

Obsérvese en las Siete Partidas, como se señaló, que en el paso del derecho romano al español, lo que se protege es la propiedad.

GÉNESIS DEL INTERDICTO DE REPOSICIÓN DE MOJONES EN COSTA RICA

EL CÓDIGO GENERAL DE 1841

Después de la independencia de España, Costa Rica se rigió por espacio de veinte años por las leyes de ese país. En 1841, se promulga el primer Código General que comprendía tres partes: civil, penal y de procedimientos.

El CÓDIGO GENERAL EN MATERIA CIVIL POSESORIA

Este Código en materia civil se refiere a la posesión, en el título XXI, dedicado a la prescripción, es decir, a la posesión *ad usucapionem*. Vamos a hacer referencia a lo más destacado en relación con nuestro tema: Define la posesión como la detención continuada o el goce de una cosa, o de un derecho que tenemos o que ejercemos por nosotros mismos, o por otro en nuestro nombre. Distingue (respetamos la ortografía) entre posesión natural y posesión civil:

> *Natural la que uno tiene o ejerce corporalmente por sí mismo, civil la que uno tiene o ejerce por disposición de la lei". Expresa que: "los actos de pura facultad i los de simple tolerancia, no pueden fundar posesión" y prescribe que: "el que por si por otro poseyere una cosa como propia, con titulo i buena fe por un año continuado, sin ser demandado sobre la posesión, no podrá quitársele esta, sino cuando se declare que el dominio o propiedad corresponde a otro.*

MATERIA INTERDICTAL REGULADA COMO JUICIOS SUMARIOS NO COMO INTERDICTOS

En cuanto a la materia interdictal, la regula como juicios sumarios para adquirir, conservar y recobrar la posesión, y enumera la posesión hereditaria, el amparo de posesión, el despojo, la demanda de obra nueva y el edificio que

amenaza ruina. No menciona la reposición de mojones como una cuestión civil sino penal.

REPOSICIÓN DE MOJONES MATERIA PENAL NO CIVIL

La alteración de mojones no se regula civilmente sino en la vía penal y se sanciona al que haya destruido o quitado los mojones, árboles, paredes, márgenes, cercas, zanjas, vallados, lindes o cualquiera otra señal, o haya mudado cualquiera de dichas señales, con arresto de seis días a un mes, y pagará una multa de cincuenta pesos a favor del que lo denuncie a más de las costas de la averiguación. También sanciona el despojo violento de una finca, con arresto de uno a cuatro meses y multa de cincuenta a cien pesos.

Como puede observarse, en el deslinde y amojonamiento, se conserva la protección de la propiedad, no la protección de la posesión.

EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE 1887

TRASLADO DE LA REPOSICIÓN DE MOJONES DE LA VIA PENAL A LA CIVIL INTERDICTAL

Este Código fue decretado de acuerdo con la Ley N.º 13 del 25 de marzo de 1887, bajo la presidencia de don Bernardo Soto, el 6 de mayo de ese año, el secretario de Estado era don Cleto González Víquez. Este Código es el fundamento de nuestra legislación procesal, incluyendo el Código actual. Transcribimos lo pertinente para una mejor comprensión de la persona lectora:

> *Art. 690. Los interdictos son de amparo de posesión, de restitución, de reposición de mojones, de suspensión de obra o de derribo.*

Como reformas de importancia, tenemos que se traslada la protección de la posesión que se encontraba regulada en la vía sumaria, a la vía interdictal y se incluye la reposición de mojones, no como un juicio sumario, sino como un interdicto más, pero también se traslada la reposición de mojones que estaba en la vía penal, a la vía interdictal. De esta manera, se convierte un ilícito penal que claramente protegía la propiedad, en un ilícito civil que también protege la posesión, y se indica:

> *Art. 691. Los interdictos solo proceden respecto de bienes raíces y de ninguna manera afectan las cuestiones de propiedad o de posesión definitiva. En ellos no se admitirá prueba alguna sobre propiedad.*

LA INDEBIDA INTERPRETACIÓN DE ESTE ARTÍCULO

Debemos poner atención en cuanto a la afirmación del artículo anterior, de que los interdictos no afectan cuestiones de "propiedad o posesión definitiva", porque esta afirmación no ha sido interpretada de acuerdo con la evolución histórica.

La interpretación que estimo adecuada es que los interdictos no afectan las cuestiones de propiedad definitiva o posesión definitiva; es decir, que lo resuelto en un interdicto, tanto si se trata de posesión o de reposición de mojones, la propiedad que se afecta es la propiedad provisional o la posesión provisional, porque es en la vía ordinaria donde se resolverá el problema de límites en forma definitiva que podrían haber sido afectados equivocadamente.

Esa frase que afirma que no afecta la propiedad o la posesión definitiva ha llevado a interpretar que el interdicto de reposición de mojones solo es procedente en cuestiones de posesión y no de propiedad. Es decir, se ha interpretado contra la evolución histórica que la frase que indica que los interdictos no afectan la propiedad es cualquier clase de propiedad tanto la definitiva como la provisional.

Si ello es así, un propietario que solo es propietario y no poseedor no está legitimado para interponer un interdicto de reposición de mojones, porque

no es poseedor, ya que el artículo señala que no afecta las cuestiones de propiedad, tanto la provisional como la definitiva.

El origen de la interpretación incorrecta en el Código de 1933, por influencia de la jurisprudencia, surge al sostener que los interdictos no afectan la propiedad. Si tomamos en cuenta que se traslada a la vía interdictal el interdicto de reposición de mojones que protege los límites entre propiedades, sí se afectan las cuestiones de propiedad provisionalmente porque en el juicio ordinario se discutirá la propiedad definitiva o la posesión.

Pero este artículo tiene el mérito de no calificar los interdictos de reposición de mojones, suspensión de obra o derribo como interdictos posesorios porque no lo son, ni nunca lo han sido. Además indicaba que no se admitía prueba de propiedad. Desde luego no podía admitirse prueba sobre propiedad en el sentido de que no iba a discutir si el actor o el demandado era o no propietario. Eso no era necesario para la legitimación de la intervención de las partes.

La posesión se prueba con prueba testimonial. La reposición de mojones se prueba mediante agrimensores o con prueba testimonial que dirán dónde iba la antigua cerca, y con la inspección judicial por la que el juez puede apreciar los rastros de la antigua cerca. Además, ordenaba citar al propietario para que interviniera porque podía resultar afectado como puede verse en los artículos siguientes.

LA INTRETACIÓN LÓGICA DEL ARTÍCULO 691 DEL CÓDIGO DE 1887

Si examinamos los siguientes artículos del Código de 1887, podemos fundamentar la interpretación mencionada con una interpretación lógica que es aquella que relaciona el artículo interpretado con las otras disposiciones. Examinemos los siguientes artículos:

> *Art. 692. En el caso en que el demandante no fuere propietario, podrá pedir el demandado que se cite al propietario, a fin de que pueda perjudicarle la sentencia que se dicte en el interdicto.*
>
> *El término que se señale al citado para su comparecencia será el de tres días, prorrogables en razón de las distancias.*
> *El propietario así citado, tendrá derecho a gozar de un término probatorio igual al que goce el demandado, cualquiera que sea el tiempo en que sea llamado a juicio. Este término se contará desde que venza la citación.*

En consecuencia, el propietario es tomado en cuenta y se le debe admitir la prueba que lo acredite como propietario y que a él pertenece la propiedad, cuyos límites se discuten e, incluso, puede aportar los planos donde fundamente su derecho. La prueba versará no sobre un mejor derecho de propiedad o de posesión, en relación con la de su vecino, sino donde estaban situados los límites de su propiedad o posesión. Como lo veremos a continuación sobre los artículos que se refieren específicamente a la reposición de mojones y no al despojo ni a la perturbación de la posesión.

> *Art. 704. El interdicto de amojonamiento tiene lugar en toda alteración de límites entre heredades, cuando se ha hecho furtiva o dolosamente, ya arrancando las vallas y poniéndolas en lugar distinto del que tenían, ya haciéndose una nueva cerca y colocándola en lugar que no le corresponde.*

El hacerlo furtiva o dolosamente fue con el fin de evitar la confusión que se daba con la figura penal que se refería a la violencia; pero en realidad no fue muy feliz, y la Comisión de Magistrados la eliminó.

La prueba sobre los límites se regula independientemente de la prueba sobre los otros interdictos, y no se refiere en nada a la posesión. Así dispone:

Art. 705. El perjudicado debe dirigirse contra el beneficiado con la alteración.
Art. 706. El Juez mandará a citar a juicio verbal en el lugar de la cuestión. Deberá mediar tres días por lo menos entre el juicio y la citación del demandado.
Art. 707. En el juicio verbal, después de exponer el reclamante lo que estimare en defensa de su derecho, y de contestar el demandado lo alegado por aquel, propondrán ambas partes sus pruebas.
Admitidas por el juez las que estime procedentes se practicarán en el mismo acto.
Art. 708. Del resultado del juicio se extenderá acta, que firmarán el Juez, las partes, los testigos que se hubieren examinado y el Secretario.
Art. Si alguna de las pruebas propuestas y admitidas hubiere de practicarse fuera del lugar en que se celebre el juicio, el juez señalará día y hora para la práctica de ella.
Art. 710. Las pruebas se limitarán a poner en claro la alteración de límites y el que la hizo o la mandó hacer.
Cuando el actor compruebe ambos extremos, se ordenará la restitución a costa de quien hizo la alteración y con lugar á la indemnización de daños y perjuicios.
Si se comprueba la alteración y el demandado en ella conviene, pero negare ser el autor, se ordenará la restitución a costa de ambos.
Comprobada la alteración y negada ésta por el demandado, se ordenará la restitución a costa de este.
Art. 711. Si el reclamante no justificare la alteración, denegará el juez el interdicto con costas a su cargo.
Art. 712. La restitución de mojones se llevará a efecto á presencia del Juez si fuere decretada y se pudiere; de lo contrario en el mismo auto que la decrete se autorizará al victorioso para que la lleve a efecto a cargo del vencido.

El legislador unificó en forma indebida, con los interdictos posesorios, esta independencia de los artículos mencionados, propios del interdicto de reposición de mojones, en cuanto al procedimiento que obligaba al juicio en el lugar de la cuestión, con participación necesaria de la persona propietaria, y con una prueba específica para demostrar la colocación de los mojones y que no tenía nada que ver con el procedimiento sumario de los interdictos de amparo de posesión ni con el de reposición de la posesión. Por lo anterior, surge la confusión que se produjo como lo veremos a continuación.

EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE 1933

La disposición de que no podía ofrecerse prueba en juicio sobre propiedad pasó al Código de Procedimientos Civiles del 19 de enero de 1933, y don Ricardo Jiménez le puso el ejecútese el veinticinco de ese mes.

Este Código es una copia textual del Código de 1887 que hemos transcrito; pero tiene algunos cambios fundamentales que deben ser objeto de análisis, como es el establecimiento de la caducidad por tres meses y se cambia el procedimiento de citación y ofrecimiento de pruebas. En su lugar, se convoca al juicio verbal en el lugar de la cuestión que era exclusivo para los interdictos de obra nueva y de reposición de mojones.

El Código sufrió una gran reforma en 1937 que fue planteada por una Comisión de Magistrados, la cual fue adicionada por dos comisiones más, una del Congreso y otra del Colegio de Abogados.

Un gran jurista, el magistrado don Antonio Picado, ordenó y explicó el porqué de las reformas. Se ordenó publicar estas explicaciones expresamente por el Congreso, "*a fin de que sirvieran como fuente de información e interpretación a litigantes y Tribunales*".

Se convirtió así la Explicación de la Reforma del Código de Procedimientos Civiles de don

Antonio Picado en una verdadera interpretación auténtica, de la que los tribunales de la República no se apartaron. Sin embargo, la Comisión de Magistrados hizo cambios, los cuales empezaron por crear confusión. Y así dispuso:

> *Artículo 653. Los interdictos sólo proceden respecto de bienes raíces y de ninguna manera afectan las cuestiones de propiedad o posesión definitiva. Por lo mismo no se admitirá en ella discusión acerca de cuestiones de propiedad o posesión definitiva.*
> *No podrá ser establecido un interdicto si han transcurrido tres meses desde el comienzo de los hechos u obras sobre las cuales se reclama.*

Obsérvese que el artículo que le sirve de fundamento disponía:

> ***Art. 691**. Los interdictos solo proceden respecto de bienes raíces y de ninguna manera afectan las cuestiones de propiedad o de posesión definitiva. En ellos no se admitirá prueba alguna sobre propiedad.*

CAMBIOS DEL ARTÍCULO 653 DEL CÓDIGO DE 1933

Analicemos los cambios. En lugar de la frase: "*En ellos no se admitirá prueba alguna sobre propiedad*", se cambia por la frase, " *Por lo mismo no se admitirá en ella sobre cuestiones de propiedad o posesión definitiva*". El cambio tiene la siguiente motivación en las Explicaciones a la Reforma, de don Antonio Picado.

> *En lugar de la disposición que contiene el texto vigente de que en los interdictos no se admitirá prueba alguna sobre propiedad, se consigna la de que en ellos no se admitirá discusión acerca de cuestiones de propiedad o de posesión definitiva. La primera no es exacta porque en algunos casos se admiten documentos demostrativos del derecho de propiedad como base del interdicto; lo que no debe permitirse es en la discusión del derecho de propiedad.*

La explicación de la reforma es correcta, porque aclara que, en algunos casos, es necesario admitir documentos sobre la propiedad como agregamos nosotros en el caso de la reposición de mojones, el interdicto de obra nueva y de derribos que no son interdictos posesorios. Y agrega que lo que no debe permitirse es la discusión del derecho de propiedad.

A primera vista parece que es contradictoria porque se permiten documentos <u>sobre el derecho de propiedad</u> y no de la <u>discusión sobre el derecho de propiedad</u>. Lo que se quiso decir es que no se admitía discusión sobre quién será en definitiva declarado propietario, del todo o parte del terreno, porque esa discusión es propia del juicio ordinario.

LA PRIMERA GRAN REFORMA QUE AYUDA A LA CONFUSIÓN ES EL TRASLADO DE ARTÍCULOS PROPIOS DEL INTERDICTO DE REPOSICIÓN DE MOJONES AL TÍTULO GENERAL DE LOS INTERDICTOS

La confusión nació de trasladar artículos propios del interdicto de reposición de mojones al título general de los interdictos. Esto fue un grave error porque lo lógico era que los artículos propios y específicos de la reposición de mojones quedaran no en un título general, sino en un apartado específico para la reposición de mojones. Veamos los artículos mencionados:

> *Articulo 654. En el caso de que el demandado no fuere propietario podrá pedir el demandado que se cite al propietario, a fin de que pueda perjudicarle la sentencia que se dicte en el interdicto.*
> *El término que se señale al citado para su comparecencia será el de tres días, prorrogables en razón de las distancias.*
> *El propietario así citado, tendrá derecho de gozar de un término probatorio igual*

al que goce el demandado, cualquiera que sea el tiempo en que sea llamado a juicio. Este término será contado desde que venza la citación.

Este artículo es copia textual del artículo 692, del Código de 1887 que hemos citado anteriormente y que nos ha servido para demostrar, con una interpretación lógica, que el interdicto de reposición de mojones es un interdicto que protege la propiedad y no la posesión, porque, repito, este artículo es exclusivo para el interdicto de reposición de mojones y no tenía nada que ver con los interdictos de perturbación de la posesión ni de despojo.

El trasladado de esta disposición, que como hemos señalado, es propia del interdicto de reposición de mojones, y se refería a él exclusivamente, se traslada al TÍTULO IX, INTERDICTOS, CAPÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES.

La Comisión de Magistrados no se refiere a esta reforma trascendental; en primer lugar, porque así lo tenía el texto del Código de 1933, y ellos lo que hicieron fue una gran reforma unos meses después y, en realidad, encontraron que podía estar en la parte general.

El artículo 664 disponía:

Corresponde este interdicto al que estando en posesión pacífica de una cosa ha sido despojado de ella.

Pero este artículo fue reformado por la Comisión de Magistrados y se agregó el párrafo referente a cuando se haya interpuesto un interdictos por otro, y quedó en definitiva así:

Artículo 664.
Corresponde este interdicto al que estando en posesión pacífica de una cosa ha sido despojado de ella.
Cuando hubiere duda acerca de si ha habido despojo, simple perturbación de la posesión o alteración de mojones y se hubiere establecido equivocadamente un interdicto por otro o todos a la vez, el Juez, con vista de la situación de hecho que resulte de las probanzas declarará con lugar el que proceda según que haya habido despojo,simple perturbación o alteración de mojones.

Esta reforma indudablemente es muy valiosa y, en muchos países como España, dio lugar a jurisprudencia contradictoria, debido a que algunos tribunales consideraron que el juez no podía cambiar la pretensión, mientras otros sostuvieron que era más bien de aplicación del derecho correspondiente a cada situación.

En Costa Rica, este problema fue debidamente resuelto desde la reforma mencionada. Sin embargo, esta reforma contribuyó a la confusión, porque equiparó el interdicto de reposición de mojones a los interdictos de amparo de posesión y de restitución de la posesión, cuando en realidad, no podía darse la confusión, entre los interdictos de amparo de posesión y de restitución de la posesión con un interdicto de reposición de mojones, ya que el objeto de los interdictos, tanto de amparo como de restitución, tienen un objeto totalmente diferente al del interdicto de reposición de mojones.

Los interdictos de amparo y restitución tienen por objeto la protección de la posesión interdictal. En cambio, el interdicto de reposición tiene como único objeto, la protección de los límites entre las propiedades. En consecuencia, al interponerse una demanda por perturbación de la posesión, procede el interdicto de amparo de posesión; si hay despojo de la posesión, procede el interdicto de restitución de la posesión.

De esta manera, nada tienen que ver los interdictos posesorios citados, con el de reposición de mojones que se refiere, según hemos visto, a la restitución de los linderos entre las propiedades. Y mucho menos se debe haber colocado en el interdicto de restitución de la posesión.

El CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 1989

El Código Procesal Civil de 1989 fue redactado por uno de los mejores procesalistas de Costa Rica, el Dr. Olman Arguedas, el ministro de Justicia y el ministro de la Presidencia, el Dr. Luis Paulino Mora y el Dr. Rodrigo Sánchez, también grandes juristas.

El Código está muy bien ordenado. La sección cuarta se refiere a los interdictos; y la subsección primera, a las disposiciones generales de los interdictos.

LOS CAMBIOS EN EL CÓDIGO DE 1989

El artículo 457 se refiere a la naturaleza del proceso interdictal y así dispone:

> *Los interdictos solo procederán respecto de bienes inmuebles y de ninguna manera afectarán las cuestiones de propiedad o de posesión definitiva, sobre los cuales no se admitirá discusión alguna.*
>
> *Los interdictos son: de amparo de posesión, restitución, reposición de mojones, de suspensión de obra nueva y de derribo.*
>
> *Cuando se haya establecido equivocadamente un interdicto por otro, o todos a la vez, el juez con vista de la situación de hecho que se demuestre, declarará con lugar el que proceda.*

El mérito de la anterior reforma consiste en haber sacado del interdicto de reposición de mojones del artículo que se refería a la restitución de la posesión. Desde luego, siempre debe interpretarse el párrafo primero que no afecta cuestiones de propiedad definitiva ni de posesión definitiva.

El párrafo primero es copia del artículo 653 del Código de 1933 en cuanto a que los interdictos solo proceden sobre bienes raíces. El párrafo segundo se refiere a las clases de interdictos y los enumera, y el párrafo tercero se refiere a cuando se ha establecido un interdicto por otro. Este artículo tiene el mérito de no dar lugar a confusión alguna, puesto que no coloca la equivocación de la acción en el artículo de restitución de la posesión, como el anterior Código lo hacía. Se suprime lo dispuesto en el artículo 654 del Código de 1933 en cuanto a la citación del propietario. Los demás artículos quedaron igual con algunos cambios de terminología como son la palabra inmueble por heredades, vallas por mojones, etc.

Pero un asunto importante es que ni en el Código de 1933, ni el Código de 1989, se usa en el interdicto de reposición de mojones la palabra posesión como sí se usa, en los interdictos de amparo y restitución de la posesión. Véanse los artículos 461 y siguientes, hasta el artículo 269 inclusive del Código de 1989.

LAS MAYORES CONFUSIONES

Varias son las modificaciones que han llevado a la jurisprudencia a considerar que todos los interdictos son posesorios en forma evidentemente equivocada. Paso a enumerarlas.

PRIMERO:

Las reformas que hemos mencionado en el Código de 1933 ya habían sembrado la confusión entre los jueces. Sin embargo, en la sentencia n.° 34, de las 14:50 hs. del 28 de marzo de 1967, ya el Tribunal Superior Civil y Contencioso Administrativo resolvió que el interdicto de obra nueva no era un interdicto posesorio[11].

SEGUNDO:

La mayor confusión que se ha producido y que ha llevado a la jurisprudencia a interpretar que todos los interdictos son posesorios, excepto el interdicto de derribo es el haber insertado en la parte general en el artículo 459, bajo el título: Demanda, emplazamiento y prueba el siguiente párrafo:

> *La prueba versará sobre el mero hecho de poseer, o sea, la posesión momentánea y actual.*

Esta disposición desde luego no puede estar entre las disposiciones generales, porque entonces lleva a la conclusión ineludible de que todos los interdictos son posesorios, cuando desde luego no pueden ser posesorios por su propia naturaleza: el interdicto de obra nueva, puesto que la obra nueva puede construirse y eso es lo normal en la propiedad de quien la hace y, desde luego, puede causar daños a la propiedad ajena, como cuando la obra priva de luz o de vista una edificación construida, incluso, en una propiedad no colindante, o cuando la obra pone en peligro por falsear los terrenos en que se encuentran las construcciones de propiedades aledañas, etc. Así el Tribunal Civil y Contencioso Administrativo lo resolvió desde antigua fecha en la resolución que hemos citado.

CONCLUSIÓN

Estimo haber demostrado con un examen del origen del interdicto de reposición de mojones y, a través de toda la evolución que este interdicto ha tenido a lo largo del transcurso de los siglos hasta nuestros días, el interdicto de reposición de mojones no es un interdicto posesorio, sino un interdicto que protege los límites de las propiedades. Bien puede tratarse de propiedades no poseídas por sus propietarios, en las cuales la posesión nada tiene que ver.

Si ello es así, no existe ninguna razón para recibir prueba sobre posesión. Son las personas peritas quienes dirán por dónde deben ir los linderos.

Si se sostiene que el interdicto de reposición de mojones es un interdicto posesorio, en que lo que se discute es la posesión interdictal, cabe plantearse la siguiente pregunta: ¿en cuáles casos, hacer una cerca nueva o la colocación de la cerca, en un lugar distinto al que le corresponde, no constituye un acto de despojo o de perturbación de la posesión?

Si cuando invado un fundo ajeno poseído por mi vecino, porque coloco una cerca en un lugar que no me corresponde, despojo la posesión de mi vecino, ningún sentido tendría la existencia de un interdicto de reposición de mojones, pues basta con interponer el interdicto de restitución de la posesión.

Si no existe ningún caso, porque dentro de un razonamiento lógico no puede existir, no cabe más que una respuesta, el interdicto de reposición de mojones no es un interdicto que proteja la posesión, sino los límites de las propiedades o de los terrenos, ya sea que estén poseídos por sus propietarios o no.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

BONFANTE, Pedro. *Instituciones de derecho romano*. 5ª. Ed. Trad. de Luis Bacci y Andrés Larrosa, Ed. Instituto Editorial Reus.

IGLESIAS, Juan. (1958). *Derecho romano*. Ediciones Ariel. Barcelona.

ARANGIO-RUIZ, Vicenzo. (1973). *Instituciones de derecho romano*. Buenos Aires: Ediciones De Palma.

SAVIGNY, M. F. C. (2005). *Tratado de la posesión*. Según los principios de derecho romano. Traductor desconocido. Edición y estudio preliminar de José Luis Montero Pérez. Granada: Editorial Comares, S. L. pp. 66 y 67.

IHERING, Rodolfo Von. (1975). *A voluntad en la posesión*. Con la crítica del método jurídico reinante. Versión española de Adolfo Posada, Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1910.

D´ORS, Álvaro. *Elementos de derecho romano*. Pamplona: Ed. Universidad de Navarra, S. A, p. 91.

Real Academia de Historia. (1807). *Las Siete Partidas del rey don Alfonso el Sabio, Partida VII, del Título IV, Ley XXX: Cotejada con varios códices antiguos.* Tomo III, Madrid: Imprenta Real.

Código General de la República de Costa Rica. (1858). Nueva York: Imprenta de Wynkoop, Hallenbeek, Thomas 113 Fulton.

Notas al final

1 **BONFANTE, Pedro. (1958).** *Instituciones de derecho romano*. **5ª. Ed. Trad. de Luis Bacci y Andrés Larrosa. Ed. Instituto Editorial Reus, pp. 316 y 317.**

2 **IGLESIAS, Juan. Derecho romano. Barcelona: Ediciones Ariel, p. 40.**

3 **ARANGIO-RUIZ, Vicenzo. (1973). Instituciones de derecho romano. Buenos Aires: Ediciones De Palma, p. 301.**

4 **"***La orden autoritaria de dejar la cosa controvertida, que originariamente debió convertirse en su conservación apud iudicem hasta la decisión de la controversia, queda en la época histórica como un mero residuo frente a la práctica establecida de asignar a uno de los litigantes la posesión interina (vindiciae), lo que se hacía ciertamente sobre la base de la opinión de los vecinos e integrantes de la familia; esto debía conducir insensiblemente, a los árbitros a ser más exigentes con respecto al no poseedor que con respecto al poseedor interino, considerar como vencedor en la causa a éste, toda vez que aquel no llegase a probar su derecho preferente".* **ARANGIO-RUIZ, Vicenzo, (1973).** *Instituciones de derecho romano*. **Ediciones Depalma, Buenos Aires, p. 302.**

5 **SAVIGNY, M. F. C. (2005).** *Tratado de la posesión*. **Según los principios de derecho romano. Traductor desconocido. Edición y estudio preliminar de José Luis Montero Pérez. Granada: Editorial Comares, S. L., pp. 66 y 67.**

6 **IHERING, Rodolfo Von. (1910).** *La voluntad en la posesión.* **Con la crítica del método jurídico reinante. Versión española de Adolfo Posada, Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, pp. 12 y 13.**

7 **IHERING, Op. cit. pp. 21.**

8 **Ihering, Op. cit. pp. 173, 192.**

9 **IHERING, op. cit., p. 131.**

10 **D´ORS, Alvaro. (1975).** *Elementos de derecho romano.* **Ed. Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, p. 91.**

11 FERNÁNDEZ German y CALDERÓN Francisco. (1968). Jurisprudencia Civil. San José: Ed. Casa Gráfica Ltda.,p. **146.**

Entrevista

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 125, págs 235-240 ISSN 2215-2385 / diciembre 2018

ENTREVISTA CON ILEANA GUILLÉN RODRÍGUEZ
Directora de la Escuela Judicial

Realizada por : Dra. Vilma Alpízar Matamoros

Dentro de esta sección de "Entrevista", pretendemos ir poco a poco conociendo a funcionarios del Poder Judicial y a través de ellos la función que desempañan y el órgano u oficina donde desarrollan su importante labor día a día.

Hoy compartimos con ustedes una entrevista con doña Ileana Guillén, Directora de la Escuela Judicial y donde conoceremos un poquito de su vida y del trabajo que desarrolla en la dirección de esta importante dependencia.

¿La primera pregunta que surge es, quién es Ileana Guillén?

Doña Ileana Guillén es, hija, esposa, madre de dos hijos, hermana, amiga, Jueza Penal y ahora Directora de la Escuela Judicial. Señala que es un ser humano como cualquier otro, con sus defectos y sus virtudes, sus aciertos y desaciertos, retos y metas alcanzadas, pero eso sí muy dedicada y comprometida con todo lo que hace. Con una profunda fe en Dios y agradecida con él y con la vida.

¿Cuál ha sido su trayectoria en el Poder Judicial?

Inicié mi carrera en el Poder Judicial en el año 1990. Me he desempeñado básicamente en todos los puestos. Inicié mi carrera judicial con una breve estancia en el Ministerio Público. Sin embargo, antes había laborado en el Instituto Latinoamericano de Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Mi inclinación y pasión fue y ha sido siempre el Derecho Penal. Allí, por esas cosas del destino, don Edgar Cervantes Villalta, padre de la Escuela Judicial, tuvo la oportunidad de observar mi trabajo. Por ello, cuando estaba haciendo permisos en la Fiscalía, me llamó un día y me ofreció la oportunidad de trabajar en la Escuela

Judicial. La docencia es mi otra pasión (heredada de mi madre, que de Dios goce, que fue maestra), y acepté de inmediato. Inicié como abogada asistente, como se llamaba el puesto en esa época y terminé como Subdirectora. Trabajé con muchos Directores, don Santiago Plá Falco, don Juan Diego Rojas Araya, don Wilberth Arroyo Alvarez, don José Manuel Arroyo Gutiérrez, don Daniel Salazar Villegas. Fue una época muy hermosa y que recuerdo con especial cariño. Para ese tiempo me casé y tuve mi primer hijo. También hice el posgrado en materia penal en la Universidad de Costa Rica. Pero siempre me picó el gusanillo de la judicatura. En aquella época estaba vigente el anterior Código de Procedimientos Penales y empecé a realizar permisos en los Juzgados de Instrucción. Luego salió la oportunidad de realizar un curso de Jueces Conciliadores, los primeros formados por el Poder Judicial, del cual me gradué y ejercí esa labor un tiempo. Pero el Derecho Penal llamaba y fui nombrada en propiedad, primero en el Juzgado de Tránsito de San José y luego como Jueza Penal de Hacienda en el Juzgado Penal del II Circuito Judicial de San José, Ahí empecé a hacer mis primeros permisos en el Tribunal de Juicio de esa localidad. Concursé después una plaza extraordinaria en el Tribunal de Juicio de Heredia y eso marcó mi destino. Estando allí se me asignó participar en el juicio por Estafa y Homicidio Calificado en perjuicio de Parmenio Medina. Fueron dos años de juicio, un verdadero sacrificio familiar y laboral. La presión era mucha y enfermé. Pero tenía claro que no podía dejar perder el juicio y con la ayuda de Dios y de la Clínica del Dolor, donde me realizaban infiltraciones de hasta 16 inyecciones por sesión, logré terminar. Fue una decisión que tomé pese a la recomendación médica y que me dejó una fibromialgia con la que lucho hasta la fecha. La vida con fibromialgia es otra. Es difícil para el paciente, pero más para la familia. Dios, mis padres, que hoy ya no están conmigo, mi esposo y mis hijos han sido mi fuerza para seguir adelante, a pesar de los dolores y el cansancio. Luego de ello he sido Jueza en el Tribunal de Juicio de Desamparados y finalmente en el del I Circuito Judicial de San José, donde tengo mi propiedad. La vida del Juez o Jueza de Juicio es sacrificada, desgastante, pero gratificante. De todos los Despacho donde he trabajado guardo gratos recuerdos, pues tuve la suerte siempre de contar con muy buenos compañeros y compañeras, con los que siempre mantuve relaciones armoniosas. En el año 2014 surge la oportunidad de regresar al inicio, la Escuela Judicial. Oportunidad que agradezco a Dios y en la que he puesto mi mejor empeño. No ha sido fácil, la Escuela Judicial del 2014 es totalmente diferente a la de 1990. Pero con la ayuda del excelente equipo de trabajo que me acompaña, de la ex Magistrada Doris Arias Madrigal, ex Presidenta del Consejo Directivo y actualmente del Magistrado Presidente del Consejo Directivo, el Dr. William Molinari Vílchez, a quien agradezco su apoyo, ha sido posible salir adelante.

¿Cuáles son los grandes retos que ha enfrentado como directora de la Escuela Judicial?

Como le decía, la Escuela Judicial del 2014 es radicalmente diferente a la de 1990. El personal ha crecido enormemente, es mucho más profesional, con gran proyección internacional. Se ha incorporado la tecnología y la virtualidad. Me costó al inicio comprender todo. He trabajado mucho también el tema de ambiente laboral, que como en toda oficina, no se puede dejar de lado. Y tratado de imprimir, como primera mujer Directora de la Escuela Judicial, el liderazgo femenino: tendiendo puentes para alcanzar metas. Trato de mantener una comunicación constante con el personal y atender también a la persona usuaria, nuestra razón de ser. Por supuesto el hecho de que se aprobaran las reformas procesales Laboral y Civil significó un gran reto para todos. Debíamos cubrir a toda la población de la judicatura y técnicos judiciales. Pero nuevamente volvemos a tema del talento humano. El compromiso y tesón de doña Julia Varela en la materia laboral y don William Molinari en la materia civil, su apoyo incondicional y el excelente equipo de trabajo de la Escuela Judicial nos permitió recorrer esa milla extra. Pues debíamos cubrir esos retos, sin descuidar la ejecución del Plan de Trabajo Ordinario ni descuidar la atención de las otras materias. El apoyo de la Corte Plena y el Consejo Superior fue total. Logramos tener los recursos extraordinarios necesarios. Y la meta se logró.

¿Cuál es la labor que desarrolla la Escuela Judicial?

La Escuela Judicial es la encargada de la capacitación de todo el personal judicial, de acuerdo a su Ley Orgánica. Esta Ley data de 1964 y las cosas han variado mucho. Actualmente la Escuela se encarga de la capacitación de Jueces y Juezas y personal técnico judicial. Y por Ley tiene a su cargo la Unidad de Capacitación del Organismo de Investigación Judicial, que considero debería tener su independencia funcional y depender del Director del Organismo de Investigación Judicial, lo cual espero sea una realidad en el futuro y el Poder Judicial tenga la Escuela de Policía que merece tener. Por otra parte, es ente rector de la capacitación de las Unidades de la Defensa Pública, el Ministerio Público y la Dirección de Gestión Humana, las cuales cuentan con independencia funcional. La idea a futuro es que cada Unidad se independice, pues tienen una estructura jerárquica muy definida y ya cuentan con la madurez para hacerlo.

¿Cuál piensa usted debería ser el papel de la Escuela Judicial en el futuro?.

Imagino la Escuela Judicial del futuro como la puerta natural de entrada a la Carrera Judicial, a través del Programa de Formación Inicial de Aspirantes a la Judicatura. Una carrera que no sea abierta, como la tenemos actualmente. Con presencia mayor en las sedes regionales, instalaciones y recursos que así lo permitan. Líder a nivel iberoamericano en capacitación. Tengo mucha fe en la Escuela Judicial. El cielo es el límite. La capacitación es la mejor inversión que puede hacer un Poder Judicial democrático y es importante que la gente lo entienda.

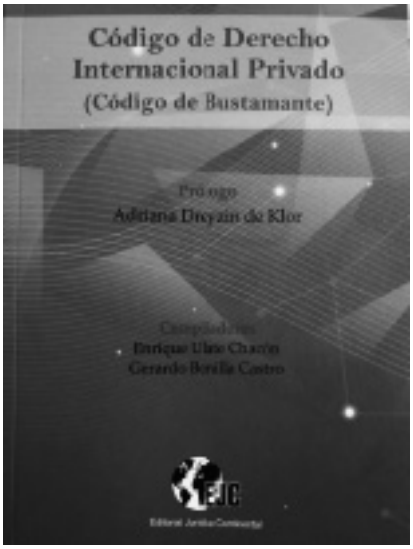
Reseña de Libros e Investigaciones

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 125, págs 242-244 ISSN 2215-2385 / diciembre 2018

LIBROS RECOMENDADOS

Editorial Jurídica Continental nos presenta dos obras de gran interés para los estudiosos del derecho.

Código de Derecho Internacional Privado
(Código de Bustamante)



Esta obra es prologada por la ilustre abogada argentina *Dra. Adriana Dreyzin de Klor*, especialista en Derecho Internacional Privado y que tantos aportes ha dado a nuestro país en esta área. Rescatamos la labor en la compilación realizada por el Dr. Enrique Ulate Chacón y don Gerardo Bonilla Castro, ya que este cuerpo legal reviste singular importancia en la historia del Derecho Internacional Privado americano por ser el primer código completo referido a esta disciplina. Puede reconocerse en él un orgánico cuerpo de normas y un esfuerzo relevante en materia de unificación. Tratados de este acervo jurídico se encuentran vigentes y no es poca la jurisprudencia que se dicta al amparo de los mismos. Su nombre hace justicia al autor pues, aunque fue debatido por delegados de los países latinoamericanos durante dos conferencias internacionales, es obra de una sola persona, el jurista cubano Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén.

"La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las garantías Penales" Dr. Javier Llobet Rodríguez

Esta segunda recomendación corresponde a una obra más, que se suma a la fructífera producción del Dr. Javier Llobet Rodríguez, titulada La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las Garantía Penales.

El Dr. LLobet aborda con profundidad la íntima relación existente entre este organismo protector de los derechos humanos y las garantías penales que deben observarse.

Es sin duda una interesante investigación y de gran valor para los estudiosos del derecho.

Personas que colaboraron para este número

PERSONAS QUE COLABORARON PARA ESTE NUMERO

Dr. Francisco Chacón Bravo. Profesor Universidad de Costa Rica. Exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia.

Dr. Jorge Olaso Álvarez. Juez de la República de Costa Rica desde hace 28 años. Profesor universitario en la Escuela Libre de Derecho, Universidad de Costa Rica y Profesor de la Escuela Judicial de Costa Rica. Master en Derecho Laboral y de Seguridad Social de la UNED, actualmente, se encuentra terminando sus estudios de Doctorado en Derecho. Autor de las siguientes obras "La prueba en materia civil" y "La prueba en materia laboral", "Derecho Sancionatorio Laboral", "Manuel de Desarrollo Esquemático de la Reforma laboral" y autor de diversos artículos en materia civil, comercial y laboral. Ganador del Premio Ulises Odio por el libro "La prueba en materia laboral", en 2017. Laboró como Juez de Tribunal de Apelaciones en el Tribunal Segundo Civil, Sección Primera de San José. Magistrado de la Sala Segunda.

MSc. Yerma Campos Calvo, se ha desempeñado como presidenta de la Asociación de Juezas y Jueces de Familias de Costa Rica y Magistrada Suplente de la Sala Constitucional. Jueza del Juzgado de Niñez y Adolescencia.

Dr. Fernando Mora Rojas. Doctor en Derecho Comercial y Comparado. Catedrático Universidad de Costa Rica. Fue presidente del Banco Internacional de Costa Rica durante siete años.

LL.M. Alonso Salazar Rodríguez. Profesor Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal Universidad de Costa Rica. Bachiller Licenciado en Derecho y Especialista en Derecho Penal por la Universidad de Costa Rica. LL. M. en Derecho Penal y Civil por la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, República Federal de Alemania. Máster en Sociología Jurídico-penal por la Universidad de Barcelona. Especialista en Ejecución Penal por la Universidad de Barcelona.

MSc. Paola Amey Gómez***.*** Licenciada en Derecho, Universidad de Costa Rica. Especialidad en Derecho Notarial y Registral con Énfasis en Contratos Comerciales, Universidad Interamericana. Especialidad en Derecho de Familia, Escuela Judicial. Maestría en Administración de Justicia, enfoque Socio-jurídico con énfasis en Administración de Justicia en Relaciones Familiares Universidad Nacional de Costa Rica. Ha realizado estudios de maestría en Derecho de familia y de Doctorado en Derecho Penal en proceso de conclusión.

MSc. Ana Cristina Fernández Acuña. Licenciada en Derecho. Universidad de Costa Rica. Máster en Administración de Justicia –Enfoque Socio jurídico con énfasis en Administración de Justicia de las Relaciones Familiares. Universidad Nacional. Ha ocupado cargos en el Tribunal de Familia y actualmente se desempeña como Juez del Juzgado 1º. De Familia del Primer Circuito Judicial de San José.

MSc. Álvaro Sagot Rodríguez. Abogado, máster en Derecho Ambiental por la Universidad del País Vasco y con una maestría en Desarrollo Sostenible de la Universidad de Costa Rica. Académico en la Universidad de Costa Rica en el curso de Derecho Ambiental en la carrera de Derecho y en la Maestría en Desarrollo Sostenible de ese centro de estudios. Profesor en la Maestría de Derecho Ambiental de la Universidad del País Vasco, España.

MSc. Ricardo Núñez Montes de Oca. Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica, Especialista en Derecho de Familia por la Escuela Judicial y Master en Administración de Justicia con énfasis en Relaciones Familiar, por la Universidad Nacional. Desde el año 2008 se desempeña con Juez de la Republica, en cargos como Juez de Pensiones Alimentarias, Juez de Violencia Domestica y Juez de Familia, entre otras materias. Además fue ponente en el I Congreso Centroamericano y del Caribe de Derecho de Familia

Lic. Jorge Mario Soto Alvarez. Profesor Universitario y Juez del Tribunal de Apelaciones de Alajuela

Msc. Alex Rojas Ortega. Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Obtuvo el Premio de Investigación *Fernando Soto Harrison* en el 2010, otorgado a la tesis más sobresaliente de la Facultad de Derecho, UCR. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia. Cuenta con diplomas en técnica legislativa y en control parlamentario, así como varios cursos de especialización sobre el control y funcionamiento de los parlamentos, por la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, el Congreso de los Diputados de España y la Red Internacional de Expertos en Parlamentos. Juez del Tribunal Contencioso Administrativo. Profesor universitario.

MSc. Maricruz Hidalgo Madrigal. Bachiller en Ciencias Criminológicas. Universidad Estatal a Distancia. Magister en Criminología, Universidad Estatal a Distancia

Lic. Aura Lisseth Cedeño Yanes. Licenciada en derecho. Especialidad en Derecho Comercial por la Universidad de Costa Rica. Jueza Civil y de Trabajo de Liberia

M.Sc. Marvin Vargas Alfaro. Bachiller y Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Magíster en Derecho Comunitario y Derechos Humanos por la Universidad de Costa Rica. Diplomado Internacional "El Derecho Público del Siglo XXI: La tutela multinivel de los derechos fundamentales", otorgado por la Universidad para la Paz y el Heidelberg Center para América Latina. Máster Universitario en Protección Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Alcalá de Henares (Madrid, España). Letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

NORMAS BÁSICAS DE PUBLICACIÓN EN LA REVISTA JUDICIAL

Definición de la Revista. La Revista Judicial es una publicación del Poder Judicial a cargo de la Escuela Judicial y que tiene como objetivo general difundir el conocimiento científico-jurídico desde una perspectiva integral e interdisciplinaria, producto del análisis sobre diversos temas de actualidad, que representen una contribución para el mejor acceso a la justicia.

Periodicidad. La Revista es una publicación semestral en formato impreso y en versión digital.

ASPECTOS GENERALES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS

- **Todo artículo que se envía a la revista debe ser original e inédito.**
- Las opiniones expresadas en los artículos o las colaboraciones que se publiquen son de exclusiva responsabilidad de sus autores o autoras; y no necesariamente reflejan la opinión de la Escuela Judicial, la dirección de la Revista, de las personas integrantes del Consejo Editorial, o del Poder Judicial en general.
- El artículo tendrá una extensión entre 10 y 30 páginas, con interlineado 1.5, con letra times new roman 12. Las notas en tamaño 9
- El tamaño de la página (márgenes) será el utilizado en word tamaño carta.
- El artículo deberá ser presentado en versión electrónica en Word y con la carta de presentación del artículo.
- El artículo debe presentarse un resumen de seis líneas en español u otro idioma y seis palabras máximo en español u otro idioma, en times new roman tamaño 11.
- Las referencias bibliográficas se presentarán al final del artículo y por orden alfabético del autor la cual contendrá los siguientes datos:
  - Libro: autor o autora, año de la edición, título del libro subrayado, ciudad, editorial, año, páginas.
  - Publicaciones periódicas: autor o autora, título del artículo (entre comillas), nombre de la publicación (subrayado), año, volumen, número, páginas.
  - Textos electrónicos: Responsable principal, tipo de soporte, título, edición, dirección electrónica, fecha de consulta.
- La persona autora debe presentar como nota 1 sus datos personales, profesionales, académicos, adscripción laboral, e-mail, teléfono y fax.

Sistema de arbitraje. Los artículos que cumplan con los requisitos para ser publicados serán sometidos a revisión por personas validadoras (pares). Los pares serán especialistas en diferentes áreas, pertenecientes al Poder Judicial o externos y utilizarán para su evaluación el sistema de doble ciego, es decir, las personas evaluadoras no conocerán el nombre del autor o de la autora e igualmente el nombre de la persona dictaminadora será anónimo.

Revisión filológica. Toda publicación se someterá a una revisión filológica en la cual se utilizará lenguaje inclusivo.

La recepción del artículo de las personas autoras postulantes, <u>no implica</u> el compromiso de publicación automática por parte de la Revista Judicial.